



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

La Masa Patrimonial como Parte en el
Proceso Concursal

D. Salvador Tomás Tomás

2021



UNIVERSIDAD DE MURCIA
ESCUELA INTERNACIONAL DE
DOCTORADO

LA MASA PATRIMONIAL COMO PARTE EN EL PROCESO
CONCURSAL

Doctorando: Salvador Tomás Tomás

Tesis doctoral realizada bajo la tutela y dirección de los

Profesores: Dr. D. Fernando Jiménez Conde

Dra. Dña. Gemma García-Rostán Calvín

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
RIASSUNTO	21
INTRODUCCIÓN	29

CAPÍTULO I. EL PROCESO CONCURSAL. ESTRUCTURA Y PRINCIPIOS RECTORES

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO PROCESO. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	39
2. NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS DEL PROCESO CONCURSAL	40
2.1. El auto de declaración de concurso como acto iniciador de la tutela jurisdiccional.....	40
2.2. La controvertida naturaleza jurídica del proceso concursal. En especial, sobre su consideración como proceso ejecutivo.....	43
2.3. La pluralidad de acreedores como discutido presupuesto del concurso.....	54
2.4. La restringida aplicación del principio de la <i>par conditio creditorum</i>	63
3. LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: INTERESES TUTELADOS Y PRINCIPIOS RECTORES.....	65
3.1. Los fines del proceso concursal y los métodos para su tutela.....	65
3.2. Intereses tutelados y estructura del proceso concursal.....	69
3.2.1. El fundamento de la dispar estructura del proceso concursal: la tutela de los intereses en juego	69
3.2.2. El encaje del proceso concursal en las estructuras del proceso civil	70
3.3. Los principios rectores del proceso concursal.....	72
3.3.1. La tutela concursal y su influencia en la determinación de los principios rectores.....	72
3.3.2. Delimitación de los principios jurídico-naturales y jurídico-técnicos en el proceso concursal.....	74

a) La dualidad de partes y los principios de contradicción e igualdad en el proceso concursal.....	75
a. La dualidad de partes en el proceso concursal.....	75
b. El principio de contradicción en el proceso concursal.....	78
c. El principio de igualdad en el proceso concursal.....	83
b) La modulación en el proceso concursal de los principios propios del proceso civil.....	88
a. Consideraciones previas para una adecuada delimitación de los principios dispositivos y de aportación de parte en el proceso concursal.....	88
b. Los principios dispositivos y de aportación de parte en el proceso concursal.....	89
c. Especialidades del principio dispositivo y de aportación de parte en las fases común y de liquidación	94
d. Especialidades del principio dispositivo y de aportación de parte en la fase de convenio	101
3.4. El proceso concursal como categoría autónoma y principales manifestaciones en sus principios rectores	107

CAPÍTULO II. LA DELIMITACIÓN DE LA MASA ACTIVA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

1. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL.....	111
2. BIENES Y DERECHOS INCLUIDOS EN LA MASA ACTIVA. EXCEPCIONES A LA INTEGRACIÓN PATRIMONIAL	111
2.1. Los bienes y derechos en poder del deudor.....	112
2.1.1. La titularidad del bien y el juicio de pertenencia.....	112
2.1.2. Patrimonialidad, alienabilidad y embargabilidad de los bienes.....	114
2.2. Los bienes y derechos incluidos en la masa en poder de terceros, la extensión de la <i>separatio ex iure dominii</i> y otras operaciones de reducción de la masa	118
2.3. Los bienes y derechos que se integran en la masa activa del concursado casado en régimen de comunidad y determinación de otras titularidades difusas.....	121
2.4. Los bienes y derechos que se adquieran por el deudor hasta la conclusión del procedimiento	127
2.5. Los bienes y derechos objeto de reintegración y créditos derivados de la responsabilidad de terceros	130

CAPÍTULO III. LA AFECCIÓN PATRIMONIAL ASOCIADA A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

1. LA OCUPACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SUJECIÓN PATRIMONIAL EN EL RÉGIMEN VIGENTE	135
2. EL EMBARGO EN EL PROCESO CONCURSAL	138
2.1. ¿Contiene la declaración de concurso un acto de embargo del patrimonio del deudor?.....	138
2.2. Declaración de concurso y embargo. Diferencias en la afección patrimonial	139
3. LOS FINES, EL CARÁCTER Y EL MOMENTO DE LA AFECCIÓN PATRIMONIAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	141
3.1. Los fines de la afección patrimonial	141
3.2. El carácter procesal de la afección patrimonial.....	144
3.3. El momento de la afección patrimonial.....	145
4. LA INTENSIDAD Y EXTENSIÓN DE LA AFECCIÓN PATRIMONIAL DEL PROCESO CONCURSAL	151
4.1. La afección patrimonial y sus distintas manifestaciones	151
4.2. La intensidad de la afección patrimonial y su eficacia jurídica	152
4.2.1. La presencia de la afección patrimonial en las distintas fases del concurso y su alcance registral.....	152
a) La participación de la afección patrimonial en las diversas fases del concurso	152
b) El reflejo registral de la afección patrimonial	162
4.2.2. La eficacia <i>ad intra</i> de la afección patrimonial y el reproche jurídico de los actos realizados por el deudor tras la declaración de concurso.....	167
a) El reproche civil y penal.....	167
b) El alcance del reproche asociado al art. 205 TRLC: ¿acto nulo o anulable?.....	172
c) Previsiones registrales	174
4.2.3. La eficacia <i>ad extra</i> de la afección patrimonial respecto a las pretensiones de los acreedores con menoscabo en el patrimonio concursal.....	191
a) La eficacia <i>ad extra</i> de la afección patrimonial en relación a las ejecuciones judiciales y apremios administrativos.....	191
a. Fundamento del régimen legal.....	191
b. La prohibición de inicio o continuación de ejecuciones singulares y apremios administrativos de los arts. 142 a 144 TRLC	192

i.	El ámbito objetivo de la prohibición.....	192
ii.	La jurisdicción y competencia del juez del concurso en relación a las ejecuciones singulares (excluidas las garantías reales) y apremios administrativos.....	197
iii.	La (controvertida) cesión a la competencia del juez del concurso para conocer de las ejecuciones ex art. 144.1 TRLC y durante la vigencia del convenio.....	204
c.	La ejecución de los derechos reales de garantía y otras acciones asimiladas de los arts. 145 a 151 TRLC.....	217
i.	Los créditos con garantía real en el proceso concursal y la difícil coexistencia de dos afecciones	217
ii.	La paralización de las ejecuciones con garantía real.....	219
iii.	La realización de los bienes con garantía real.....	224
iv.	La competencia objetiva del juez del concurso en las ejecuciones de los créditos con garantía real.....	229
v.	La sustanciación de las ejecuciones ante el juez del concurso y ante el órgano jurisdiccional o administrativo originalmente competente.....	235
d.	Previsiones registrales.....	241
b)	La afección patrimonial y otros efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En particular, sobre la suspensión del devengo de intereses (art. 152 TRLC), la compensación (art. 153 TRLC) y la suspensión del derecho de retención (art. 154 TRLC).....	247
4.3.	La extensión de la afección patrimonial a bienes salidos del patrimonio con anterioridad a la declaración de concurso y a otros activos no pertenecientes al deudor concursado	250
4.3.1.	Fundamento.....	250
4.3.2.	La reintegración frente a bienes salidos del patrimonio con carácter previo a la declaración de concurso	250
a)	Las acciones de reintegración de la masa activa	250
b)	El difícil equilibrio entre la tutela del interés de la masa y el interés de la seguridad del tráfico.....	251
c)	El perjuicio a la masa activa como fundamento de las acciones de reintegración concursal	255
d)	Prueba y presunciones de las acciones de reintegración concursal	263
e)	El ejercicio de las acciones de reintegración y la protección de terceros adquirentes	267
f)	El reproche jurídico reforzado en el concurso: el compatible ejercicio de otras acciones de rescisión e impugnación de los actos del deudor.....	280

4.3.3. La reintegración de la masa en supuestos de concurso culpable	289
4.3.4. Otros sistemas de reintegración: acciones frente a socios y frente a administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora	292
a) Acciones frente a los socios.....	292
a. Respecto al socio personalmente responsable por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso.....	292
b. Respecto a las aportaciones sociales diferidas y otras prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento	293
b) La acción social de responsabilidad y otras acciones de responsabilidad compatibles	294

CAPÍTULO IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DESAPODERAMIENTO PATRIMONIAL DEL DEUDOR CONCURSADO

1. LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA AL DESAPODERAMIENTO DEL CONCURSADO Y EL APODERAMIENTO DE LOS ÓRGANOS CONCURSALES COMO INSTITUCIÓN PROCESAL.....	301
2. CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DESAPODERAMIENTO PATRIMONIAL DEL CONCURSADO.....	303
2.1. Consideraciones previas.....	303
2.2. La declaración de concurso no confiere carácter sustantivo ni real al derecho de los acreedores.....	303
2.3. La declaración de concurso no implica el secuestro del patrimonio del deudor.....	310
2.4. La declaración de concurso no entraña expropiación del derecho de disposición del deudor ni de su patrimonio	318
2.4.1. Sobre la expropiación del patrimonio concursal y la creación de un ente jurídico provisorio o nuevo sujeto de derecho.....	318
2.4.2. Sobre la expropiación del poder de disposición	322
2.4.3. Sobre la expropiación del patrimonio concursal al servicio de un interés público superior o con traspaso a los titulares de los órganos públicos.....	326
2.4.4. Réplica a las construcciones expuestas: la declaración de concurso no acarrea expropiación alguna	328
2.5. La declaración de concurso no impone una sucesión universal subjetiva ni determina la incapacidad del concursado o la limitación de su capacidad de obrar	337
2.5.1. Sobre la inexistencia de sucesión universal subjetiva en el concurso.....	338

2.5.2.	Sobre la incapacidad o la limitación de la capacidad del concursado	341
2.5.3.	La declaración de concurso no limita la capacidad de obrar del deudor	352
2.6.	La declaración de concurso comprende una prohibición legal de administrar y disponer con impacto en la legitimación sustantiva y procesal del concursado	364
2.6.1.	Las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial como prohibiciones legales de administrar y disponer.....	364
2.6.2.	El deudor pierde la legitimación sustantiva y procesal con la declaración de concurso en el régimen de suspensión	372

CAPÍTULO V. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN RELACIÓN AL DESAPODERAMIENTO

1.	LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y SUS PRINCIPALES COMETIDOS EN EL CONCURSO	379
2.	EL APODERAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	380
2.1.	La investidura previa del órgano jurisdiccional y la atribución de poderes <i>ex lege</i> con el nombramiento	380
2.2.	La sujeción de la administración concursal al juez del concurso.....	383
3.	LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	386
3.1.	El carácter público o privado de la administración concursal.....	386
3.2.	Teorías en torno a la posición jurídica de la administración concursal	394
3.2.1.	La administración concursal como representante del deudor	395
3.2.2.	La administración concursal como representante de los acreedores	404
3.2.3.	Otras teorías formuladas sobre la posición jurídica de la administración concursal	409
a)	La administración concursal como representante de múltiples partes o representante del concurso	409
b)	La administración concursal como órgano de representación de la masa activa	411
c)	La administración concursal como oficio.....	413
3.3.	El título o aptitud jurídica de la administración concursal.....	418
3.3.1.	La potestad jurídica.....	418
3.3.2.	La sustitución en el ámbito sustantivo y procesal.....	421
3.3.3.	La legitimación sustantiva y aproximación a la legitimación <i>ad causam</i> en sede procesal	432

CAPÍTULO VI. EL INTERÉS DEL CONCURSO. CARACTERIZACIÓN Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1. EL RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS DEL CONCURSO EN EL TRLC	441
2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL INTERÉS DEL CONCURSO	444
2.1. El interés y su concepción jurídica.....	444
2.2. El conflicto de intereses intersubjetivo y su resolución en el ámbito del Derecho concursal.....	446
2.3. El interés del concurso como propósito último del proceso concursal y como instrumento a su servicio	448
2.3.1. El interés del concurso como finalidad del proceso concursal	448
2.3.2. El interés del concurso como criterio hermenéutico para la actuación del Derecho concursal.....	452
a) El interés del concurso en la fase común.....	453
a. La conservación (y maximización del valor) del patrimonio concursal .	454
b. La reconstitución del activo concursal.....	462
b) El interés del concurso en la fase de convenio	463
c) El interés del concurso en la fase de liquidación.....	467

CAPÍTULO VII. EL PATRIMONIO CONCURSAL COMO PATRIMONIO SEPARADO

1. EL PATRIMONIO SEPARADO COMO CATEGORÍA JURÍDICA AUTÓNOMA. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DOGMÁTICA	473
2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO SEPARADO. ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA SU DELIMITACIÓN.....	478
2.1. El concepto de patrimonio separado	478
2.2. El principio de legalidad y rasgos definidores del patrimonio separado.....	483
3. EL PATRIMONIO CONCURSAL COMO NÚCLEO PATRIMONIAL SEPARADO	484
3.1. Caracterización general.....	484
3.2. Elementos definidores de la separación patrimonial en el proceso concursal.....	486
3.2.1. La función o destino de la masa activa: la satisfacción del interés del concurso	486

3.2.2. La aptitud funcional del patrimonio concursal para la imputación de relaciones jurídicas.....	487
3.2.3. La especialización de la responsabilidad patrimonial universal.....	488
3.2.4. Los límites al poder del titular de los bienes que integran la masa activa.....	490
3.2.5. Gestión independiente o sometida a criterios específicos determinados en el TRLC.....	493
a) La gestión del patrimonio concursal diseñada en el TRLC.....	493
b) Control interno y externo de la gestión del patrimonio concursal.....	497
c) La idéntica satisfacción de la función o destino de la masa activa en los regímenes de intervención y suspensión.....	502
3.2.6. La oponibilidad del destino legal impuesto a la masa activa.....	507

CAPÍTULO VIII. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE DEL PATRIMONIO CONCURSAL

1. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LA MASA ACTIVA EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL Y LA POSICIÓN DEL DEUDOR Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL PROCESO CONCURSAL.....	513
1.1. La ausencia de armonización entre la legislación sustantiva y procesal en el reconocimiento de capacidad para ser parte al patrimonio concursal.....	513
1.2. La posición procesal del deudor y de la administración concursal y el interés del concurso como elemento a valorar en la atribución de capacidad para ser parte a la masa activa.....	514
1.2.1. La posición procesal del deudor y de la administración concursal.....	514
1.2.2. El interés del concurso, elemento de referencia en la actividad procesal de la administración concursal y el deudor.....	517
2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL DERECHO DE ACCIÓN DE DEUDOR Y ACREEDORES.....	518
3. LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL TRLC.....	521
3.1. El interés legitimante como canon que fundamenta la atribución de legitimación activa y su identificación con el interés del concurso. Especial alusión al régimen jurídico de los arts. 119 y 120 TRLC.....	521
3.2. La legitimación activa y el interés legitimante en el ejercicio de otras acciones con trascendencia en el patrimonio separado.....	524

3.2.1. Acciones “nuevas” con incidencia patrimonial reconocidas <i>ex lege</i> tras la declaración de concurso	524
3.2.2. Acciones con trascendencia patrimonial existentes con carácter previo a la declaración de concurso	526
a) Las acciones originarias de los acreedores: las acciones rescisorias y de impugnación del art. 238 TRLC y la acción contra los socios subsidiariamente responsables del art. 131.1 TRLC.....	526
b) Acciones originarias del deudor: las acciones en reclamación de las aportaciones sociales diferidas (art. 131.2 TRLC) y las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora (art. 132 TRLC).....	528
3.2.3. La legitimación activa en el ejercicio de acciones de responsabilidad del art. 94 TRLC	530
4. LA ADECUACIÓN TÉCNICA DE ATRIBUIR LEGITIMACIÓN ACTIVA A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL	531
4.1. Consideraciones previas	531
4.2. La legitimación representativa o por intereses supraindividuales.....	532
4.3. La legitimación basada en un interés general o público.....	535
5. LA PERSONALIDAD PROCESAL DE LA MASA ACTIVA Y SU CUALIDAD DE PARTE EN LOS PROCESOS CON INCIDENCIA EN SU COMPOSICIÓN.....	538
5.1. Los arts. 6.1.4º y 7.5 de la LEC en la legislación concursal	538
5.2. El concepto de legitimación en el TRLC y la capacidad de conducción procesal	539
5.3. La capacidad para ser parte del patrimonio concursal	543
5.4. La cualidad de parte del patrimonio concursal.....	546
5.4.1. El concepto de parte procesal y su aplicación en sede concursal	546
5.4.2. La administración concursal no goza de la cualidad de parte en los procesos con incidencia en la masa activa. El patrimonio concursal y el conjunto de situaciones jurídicas asociadas a las partes	547
5.5. El derecho de acción de la masa separada tras la declaración de concurso ...	550
5.5.1. La subrogación de la masa separada en los procesos con incidencia patrimonial	550
5.5.2. La imputación subjetiva del derecho de acción tras la declaración de concurso	553
a) Respecto a las acciones originalmente atribuidas a deudor y a acreedores	553
b) Respecto a las acciones nuevas asociadas a la declaración de concurso....	559

6. LA LEGITIMACIÓN <i>AD CAUSAM</i> DE LA MASA CONCURSAL Y LA CONFIGURACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ACCIONES CON INCIDENCIA PATRIMONIAL. PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	561
6.1. La titularidad del interés del concurso y su reflejo en las reglas de legitimación activa.....	563
6.1.1. En las acciones reconocidas legalmente a raíz de la declaración de concurso	563
a) En las acciones de responsabilidad por daño a la masa (art. 94 TRLC), de reintegración concursal (art. 226 y 697 TRLC) y de ejecución de la sentencia de condena dictada en calificación (art. 461 TRLC).....	563
b) En las acciones de impugnación ante la contravención de las limitaciones impuestas al concursado en sus facultades patrimoniales (arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC).....	566
c) El reflejo de la titularidad del interés del concurso que fundamenta las acciones de los arts. 94, 109, 226, 405.2, 558.2 y 697 TRLC en las reglas de legitimación activa.....	567
6.1.2. En las acciones de deudor y acreedores preexistentes a la declaración de concurso	569
a) En las acciones titularidad original del deudor (arts. 119, 120, 131.2 y 132 TRLC).....	569
a. En el régimen de suspensión.....	569
b. En el régimen de intervención y en el ejercicio de acciones de “índole personal”.....	570
b) En las acciones titularidad original de los acreedores (arts. 131.1 y 238 TRLC).....	572
c) El reflejo de la titularidad del interés que fundamenta las acciones de los arts. 119, 120, 131, 132 y 238 TRLC en las reglas de legitimación activa	572
7. LA POSICIÓN PROCESAL DEL CONCURSADO EN LAS ACCIONES DE LOS ARTS. 119 Y 120 TRLC	576
7.1. En el régimen de suspensión	576
7.2. En el régimen de intervención.....	584
8. LA POSICIÓN PROCESAL PASIVA DE LA MASA ACTIVA	589
9. LA POSICIÓN PROCESAL DE LOS ACREEDORES Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES EN LOS ARTS. 94, 122, 232 Y 461.1 TRLC	595
9.1. La legitimación subsidiaria de los acreedores.....	595

9.2. En el ejercicio de las acciones de los arts. 122, 232 y 461.1 TRLC	596
9.2.1. La legitimación por sustitución de los acreedores	596
9.2.2. Presupuestos para el ejercicio de la acción por los acreedores	598
9.2.3. El tratamiento procesal de la falta de capacidad de conducción procesal y de legitimación.....	600
9.3. En el ejercicio de la acción del art. 94 TRLC	601
CONCLUSIONI	603
JURISPRUDENCIA CITADA	619
BIBLIOGRAFÍA	645

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AP	Audiencia Provincial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil
CCom/1829	Código de Comercio de 1829
CCom/1885	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>Codice della crisi</i>	<i>Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Decreto Legislativo, 12 gennaio 2019, n. 14</i>
DF	Disposición final
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado

EM	Exposición de Motivos
FJ	Fundamento Jurídico
InsO	<i>Insolvenzordnung vom 5 Oktober 1994</i>
JM	Juzgado de lo Mercantil
LAJG	Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
LCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC/1881	Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil
Legg. fall.	<i>Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 «Legge fallimentare»</i>
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LHM	Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión
LMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores
LORC	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LPI	Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia
LSP	Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos
LVP	Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RGSS	Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRLR	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
TRLSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

RIASSUNTO

Il presente lavoro di tesi intende contribuire a rendere più chiari i profili processuali del Testo Unico della Legge Fallimentare spagnola (*Texto Refundido de la Ley Concursal*, d'ora in avanti TRLC). In modo specifico, si intende colmare la lacuna esistente nella dottrina nazionale relativa all'idea di dotare la massa creditoria di personalità giuridica. Si tratta di un tema classico e discusso nel contesto sostanziale e straniero, nel quale si rifugge -in modo corretto- l'inopportunità di soggettivizzare il patrimonio fallimentare nell'ambito delle relazioni giuridico-materiali, orfano di uno studio accorto in prospettiva processuale.

L'esame di questa materia impone di addentrarsi nella trattazione di una questione giuridica singolare. Se già le relazioni triangolari comportano di per sé l'esistenza di non pochi problemi teorici e pratici in campo patrimoniale, la dichiarazione di insolvenza non rappresenta certo un'eccezione. L'insufficienza -attuale o imminente- del patrimonio di un debitore comune per soddisfare una pluralità di creditori assicura l'insorgenza di ulteriori difficoltà, alla cui risposta contribuisce la normativa fallimentare.

L'apertura del procedimento fallimentare incide sulla sfera giuridica di una pluralità di soggetti, alterando le regole ordinarie del gioco e instaurando un nuovo ordine nella risoluzione dei conflitti aventi a oggetto interessi soggettivi dipendenti da questa situazione. Nello specifico, la separazione patrimoniale associata alla dichiarazione di fallimento e alla soddisfazione degli obiettivi della procedura fallimentare porta con sé il riconoscimento di un nuovo interesse -l'interesse del fallimento- meritevole di una tutela giudiziaria privilegiata. Questa è la finalità cui è preordinata la legge fallimentare, la quale, in quanto diritto imperativo e strumentale, contiene un insieme di disposizioni normative, con indicazioni di segno diverso, dirette alla protezione di quell'interesse.

Questo elemento presiede tutta l'attività fallimentare e soggiace all'intero regime giuridico che viene a crearsi dopo la dichiarazione di fallimento, con l'indisponibilità patrimoniale -totale o parziale- del debitore e la soggezione di tutti i suoi creditori a un unico *iter* procedimentale. Ciononostante, sebbene le condotte della

curatela fallimentare rispondano al soddisfacimento del citato interesse, non è pacifico né riconoscere che, a margine di quanto previsto dalla legge, la curatela rappresenti la parte processuale in senso tecnico, né che sia corretto attribuirle una legittimazione - attiva o passiva- nelle controversie che si ripercuotono sulla massa attiva.

Non essendo pertanto la materia in esame sottratta a polemica, essa esige un'analisi esaustiva che chiarisca se è necessario dotare il patrimonio fallimentare della capacità di essere parte o se, al contrario, bisogna ricorrere a un'altra formula che offra una soluzione processuale adeguata alla situazione giuridica nella quale si trovano la massa attiva, il debitore e la curatela fallimentare una volta aperta la procedura. Logicamente, un'analisi di questo genere richiede l'utilizzo di una visione olistica delle categorie processuali coinvolte nella procedura, poiché solo attraverso un'approssimazione di questo tipo è possibile pronunciarsi in modo soddisfacente sulla questione.

L'assenza di sintonia tra il Codice di Procedura Civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil*, artt. 6.1.4° e 7.5) e il TRLC rappresenta una valida prova della necessità di compiere questo studio.

Alla luce di quanto detto, la nostra indagine ha come obiettivo, in primo luogo, l'analisi della separazione patrimoniale associata all'apertura della procedura e all'indisponibilità dei propri beni da parte del debitore fallito. Chiarire gli effetti della dichiarazione di fallimento sugli atti posti in essere dal debitore e sul suo patrimonio rappresenta un *prius* ineludibile di questo lavoro, poiché si ricollega direttamente alla problematica relativa alla soggettività della massa attiva nella procedura fallimentare.

In secondo luogo, approfondiremo la posizione giuridica della curatela fallimentare e dello strumento che consente di spiegare la piena efficacia degli atti da questa compiuta nella sfera giuridica del fallito. Non è aspetto ignoto che la natura giuridica della curatela fallimentare è una delle questioni più ampiamente discusse in materia di insolvenza, con notevoli sforzi di chiarimento dottrinale, a livello nazionale e straniero, incentrati sullo studio di tale figura e sulla sua relazione giuridica con il debitore, i creditori e la massa fallimentare.

In terzo luogo, considereremo l'interesse del fallimento, concetto giuridico indeterminato sul quale ruota la procedura fallimentare, utile sia per esprimere il suo fine ultimo, sia per fungere quale ratio decisoria nell'implementazione degli strumenti giuridicamente messi a disposizione per raggiungere tale obiettivo. La sua delimitazione concettuale è decisiva: essa rivela la funzione che il patrimonio fallimentare deve soddisfare, in modo separato e autonomo rispetto all'interesse del debitore e dei suoi creditori.

La funzione economica correlata alla massa attiva si sovrappone, in quarto luogo, all'idea di un patrimonio separato. Questa sua destinazione giustifica l'applicazione di una disciplina peculiare al fine di tutelare la funzione oggettiva che i beni e diritti facenti parte della massa attiva assumono una volta aperta la procedura. L'analisi dettagliata degli elementi definitori della separazione patrimoniale rappresenta un aspetto di studio obbligato nel presente lavoro di tesi.

Infine, ci pronunceremo sull'idoneità di concedere una personalità processuale alla massa separata, in funzione del modello di amministrazione e disposizione dei beni patrimoniali prescelto, con riferimento ad altre categorie processuali che si intrecciano con la posizione della procedura del debitore, dei creditori e della curatela fallimentare, senza una risposta adeguata nella legge fallimentare vigente.

Considerando l'oggetto e le questioni principali che saranno trattate nel presente lavoro di tesi, occorre realizzare due precisazioni ulteriori.

In primo luogo, occorre dare per assodato che il patrimonio fallimentare rappresenta l'elemento di riferimento del procedimento oggetto di studio, incidendo sugli effetti della dichiarazione di apertura in relazione alla posizione giuridico-processuale dei soggetti che vi intervengono.

È vero che, a prima vista, rimettendosi al tenore letterale dell'art. 1.1. TRLC - «l'apertura della procedura attiene a qualsiasi debitore, sia esso persona fisica o giuridica»-, nonché al carattere sistematico del TRLC -che posticipa agli artt. 192 ss. la composizione della massa attiva-, ed agli effetti immediati che si riflettono sul debitore una volta aperta la procedura fallimentare, si potrebbe intendere che il procedimento

fallimentare spagnolo si sviluppa sulla figura del debitore e non secondo la prospettiva della dimensione patrimoniale.

Tuttavia, questa lettura della procedura fallimentare, quantomeno nell'ordinamento giuridico spagnolo, presuppone un disconoscimento dell'essenza stessa della sua articolazione: vale a dire la presenza di una struttura ordinata del patrimonio -pignorabile- di un debitore comune, sia esso persona fisica o giuridica, per fare fronte con esso al pagamento dei suoi debitori, tramite accordo o liquidazione.

Questa prospettiva è rilevante, poiché da tale premessa si configura lo stesso procedimento fallimentare. La sua origine, lo sviluppo e il fine ultimo si giustificano sulla base di una situazione di insolvenza ed una pluralità di creditori alla quale rispondere, e sulla quale il legislatore concentra i suoi sforzi con misure eccezionali.

In questo modo, il regime giuridico previsto e gli effetti che derivano dall'apertura della procedura -anche rispetto al resto dei soggetti- ricadono sul patrimonio fallimentare quale asse centrale a partire dal quale si snoda il procedimento di fallimento, sia con riferimento all'istituzione di rimedi straordinari che conducano ad una sua corretta configurazione, sia per ordinare la sua gestione sulla base di determinati criteri legali.

A questo cambio di prospettiva ha contribuito anche l'eliminazione delle misure sanzionatorie e delle connotazioni afflittive che, nei modelli fallimentari precedenti a 2003, si associavano al debitore fallito. La flessibilizzazione degli effetti dell'apertura della procedura nella legislazione vigente ha imposto un cambio di rotta nella concezione dello stesso procedimento fallimentare, il quale, abbandonando il suo originario carattere repressivo -EM (III) della Legge 22/2003 del 9 luglio, Fallimentare (*Ley Concursal*, d'ora in avanti LC)-, si concentra ora nel combattere l'insolvenza come uno stato che attiene all'ordine naturale degli eventi della vita giuridica e, in particolare, dell'attività d'impresa.

Quanto affermato ci permette di individuare una premessa da cui partire, un vero e proprio punto di ancoraggio in questo lavoro: la posizione del debitore, dei creditori e della curatela fallimentare nella procedura rimane soggetta, in larga misura, alle necessità e condizioni di attuazione che, in relazione alla massa attiva, determina il legislatore.

Il diritto fallimentare, inteso come strumento giuridico per risolvere le crisi economiche, ridistribuisce la posizione che in situazioni ordinarie occupano tali soggetti con l'obiettivo di raggiungere la finalità della procedura. E questa posizione non è la stessa in tutte le fasi del procedimento e nemmeno nella stessa fase, con l'adeguamento di quella agli interessi della procedura.

In secondo luogo, bisogna enfatizzare l'autonomia della relazione giuridico-processuale rispetto a quella giuridico-materiale.

È evidente che il diritto sostanziale e quello processuale hanno una relazione intensa. Orbene, a partire dal momento in cui l'attività che si riferisce e soddisfa la tutela del diritto materiale è una attività pubblica e sentiero per l'esercizio della funzione giurisdizionale, i soggetti e gli effetti relativi alla costituzione, modifica, sviluppo e conclusione della relazione giuridico-processuale sono diversi rispetto a quelli che si riferiscono al contesto delle relazioni giuridico-private.

Probabilmente, l'errore della dottrina commerciale, con riflesso immediato nelle leggi fallimentari di questo secolo -LC e TRLC- risiede nel tentativo di spiegare con gli stessi modelli, con la terminologia di GUASP, realtà e dati diversi da un punto di vista fenomenologico. Se si parte da tale impostazione, non sorprendono i difetti della tecnica processuale della legge fallimentare.

La sistematica del nostro lavoro di tesi è, in relazione a quanto detto, la seguente:

Il Capitolo I è dedicato all'analisi della struttura e dei principi fondamentali della procedura fallimentare. Le singolarità ricollegabili al percorso tracciato per la tutela giurisdizionale delle situazioni d'insolvenza -attuale o imminente- impongono un'approssimazione generale con l'obiettivo di chiarire la sua natura giuridica ed i principi del procedimento. Il suo impatto sulla configurazione della procedura e sulla posizione soggettiva delle persone interessate dalla sua apertura esige questa delimitazione preliminare.

Il Capitolo II comprende la delimitazione della massa attiva. La concretizzazione dei beni e diritti che integrano il patrimonio interessato dall'apertura

della procedura è ineludibile: rappresenta l'elemento materiale -e, in questo senso, l'oggetto- che permette di raggiungere l'obiettivo del procedimento. Vale a dire, se la procedura di insolvenza si erge a meccanismo che permette di instradare la funzione di responsabilità del patrimonio del fallito, in ognuna delle due soluzioni a disposizione (accordo o liquidazione), la definizione ed estensione dei suoi elementi deve formare oggetto di un'analisi preliminare in questo lavoro.

Nei Capitoli III e IV approfondiremo la separazione patrimoniale associata all'apertura della procedura e all'indisponibilità dei beni da parte del debitore fallito. Inizieremo considerando se l'organo giurisdizionale, per azionare la responsabilità riferibile ad un patrimonio estraneo, necessita di un atto di pignoramento, indisponibilità o vincolo formale dei beni soggetti all'attività fallimentare, interna o a margine del procedimento. A seguire, sarà analizzata l'efficacia della risoluzione di apertura della procedura sulle relazioni giuridiche relative alla formazione della massa attiva. A continuazione, indagheremo sulle conseguenze della separazione patrimoniale che si produce una volta aperta la procedura, con l'obiettivo di gettare le premesse e verificare se si produce un atto di espropriazione -del patrimonio o del potere di disposizione del debitore- o se si verifica un altro fenomeno giuridico. Singolarmente, da ultimo, tenteremo di chiarire l'impatto della dichiarazione di fallimento sul debitore in modo da giustificare la sua posizione strumentale e subordinata all'interesse della procedura.

Nel Capitolo V studieremo la posizione giuridica della curatela fallimentare, nonché il meccanismo che, nella tecnica giuridica, permette di spiegare l'efficacia dei suoi atti sulla massa attiva.

I Capitoli VI e VII saranno dedicati all'esame e definizione dell'interesse del fallimento e all'analisi della massa fallimentare come nucleo patrimoniale separato - autonomo o di destinazione-. La nuova funzione che la massa attiva è destinata a soddisfare dopo la dichiarazione di fallimento determina il riconoscimento di questo nuovo interesse, a tutela materiale privilegiata, con l'allontanamento dei rimanenti interessi soggettivi -del debitore e, se del caso, dei creditori- quale criterio strutturale delle relazioni giuridiche che in questa si sviluppano.

Infine, poiché l'obiettivo che deve essere legalmente soddisfatto dalla massa attiva porta con sé l'instaurazione di alcune specialità in relazione al diritto di azione e alla costituzione di relazioni giuridico-processuali, dedicheremo il Capitolo VIII ad

affrontare le seguenti questioni: capacità della massa fallimentare di essere parte, regole di legittimazione attiva disegnate nel TRLC e statuto di parte processuale della curatela fallimentare, del debitore e del patrimonio separato.

L'analisi esaustiva di questi elementi ci permetterà di realizzare delle proposte *de lege ferenda* con l'obiettivo di chiarire, in modo definitivo, la posizione giuridico-processuale e la legittimazione *ad causam* dei soggetti partecipanti nella procedura fallimentare.

In conclusione, in relazione alle fonti, la nostra indagine ha carattere integralmente documentale. Al fine del suo sviluppo ci siamo serviti dei seguenti materiali, consultati nell'ordine indicato.

In primo luogo, abbiamo lavorato sul TRLC e sulla già abrogata LC; nonché sulla LEC e altre fonti processuali e sostanziali con incidenza sul nostro studio. Tra le più rilevanti: Legge Organica 8/2003, del 9 luglio, sulla riforma della procedura fallimentare; Legge Organica 6/1985, del 1° luglio, sul Potere Giudiziario; Regio decreto del 24 luglio del 1889 di pubblicazione del Codice civile; Legge 1/1996, del 10 gennaio, sul Gratuito Patrocinio; Regio Decreto Legislativo 1/2010, del 2 luglio, di approvazione del Testo Unico della Legge sulle Società di Capitali; Decreto dell'8 febbraio del 1946 di approvazione della nuova versione ufficiale della Legge Ipotecaria; Legge del 16 dicembre del 1954 sulle ipoteche mobiliari e privilegi; e Legge 28/1998, del 13 luglio, sulla Vendita a rate di beni mobili.

Allo stesso modo, sono stati impiegati testi storici di diritto interno, soprattutto il Codice del Commercio del 1829, il Codice di Procedura civile del 1881, il Codice del Commercio del 1885 e la Legge del 26 luglio 1922, sulla Sospensione dei pagamenti così come i progetti di legge della legge fallimentare -del 1959, 1983, 2000 e 2001- e la proposta di progetto di legge del 1995 che precedette la LC di 2003. Allo stesso modo, abbiamo analizzato l'evoluzione normativa della legge fallimentare, con un'approssimazione a tutte quelle riforme che sono state ritenute di interesse ai fini del nostro studio.

In parallelo, ci siamo serviti di testi legislativi vigenti -e storici- di ordinamenti giuridici stranieri: in particolare, la *Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994* e il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Decreto Legislativo, 12 gennaio 2019, n. 14.

Lo studio delle disposizioni indicate è stato seguito da un'analisi attenta delle considerazioni della dottrina, nazionale e straniera, in opere generali, lavori monografici e articoli in riviste specializzate. In questo lavoro di tesi, i contributi della dottrina straniera sono risultati particolarmente utili -così come quelli nazionali- per la costruzione di alcuni passaggi.

Infine, questa indagine si è nutrita della giurisprudenza pronunciata in particolare dal *Tribunal Supremo*, dalle *Audiencias Provinciales*, e dai *Juzgados de lo Mercantil*. Inoltre, sono state altresì oggetto di studio alcune risoluzioni della *Dirección General de Registros y del Notariado* e del *Tribunal Constitucional*.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende contribuir a la empresa de depurar los aspectos procesales del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). En concreto, aspiramos a cubrir el vacío existente en la doctrina patria en torno a la idea de dotar de personalidad a la masa del concurso. Un tema clásico y discutido en el ámbito sustantivo y foráneo, donde se rechaza -con acierto- lo inoportuno de subjetivar al patrimonio concursal en las relaciones jurídico-materiales, huérfano de un meditado estudio desde una óptica procesal.

El examen de esta materia supone adentrarse en el tratamiento de una situación jurídica singular. Si por sí mismas las relaciones triangulares constituyen foco de no pocos problemas teóricos y prácticos en el ámbito patrimonial, la situación en la que desemboca la declaración judicial de insolvencia no es una excepción. La insuficiencia -actual o inminente- del patrimonio del deudor común para satisfacer a una pluralidad de acreedores asegura la aparición de dificultades añadidas, a cuya respuesta procura atender la norma concursal.

La declaración de concurso impacta en la esfera jurídica de una pluralidad de sujetos, con alteración de las reglas ordinarias de juego e instauración de un nuevo orden para la resolución de los conflictos de intereses subjetivos vinculados a esta situación. Singularmente, la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso y el cumplimiento de los fines propios del proceso concursal acarrea el reconocimiento de un nuevo interés -el interés del concurso-, digno de prioritaria tutela en sede sustantiva y procesal. Y a este propósito sirve el texto concursal que, como Derecho imperativo e instrumental, contiene un conjunto de disposiciones jurídicas, con mandatos de distinto signo, orientados al amparo y patrocinio de aquel interés.

Este elemento preside toda la actividad concursal y subyace en el completo régimen jurídico que se instaura tras la declaración de concurso, con desapoderamiento patrimonial -total o parcial- del deudor y sujeción de todos sus acreedores a un único cauce procedimental. No obstante, a pesar de que la actuación de la administración

concurzal responde a la satisfacción del referido interés, no es pacífico reconocer que, al margen de lo estipulado legalmente, la administración constituya, en rigor técnico, la parte procesal; tampoco que sea adecuado atribuirle la legitimación -activa o pasiva- en los pleitos que repercuten en la masa activa.

No exenta de polémica, la materia exige un exhaustivo análisis que esclarezca si es preciso dotar de capacidad para ser parte al patrimonio concurzal o, por el contrario, es preciso acudir a otra fórmula que ofrezca adecuada solución procesal a la situación jurídica en que se hallan la masa activa, el deudor y la administración concurzal tras la declaración de concurso. Como es lógico, este análisis requiere de una visión holística de las categorías procesales que se imbrican en el concurso, pues solo a través de esta aproximación es posible pronunciarnos con éxito sobre la cuestión.

La ausencia de concordancia entre la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante, LEC- (arts. 6.1.4º y 7.5) y el TRLC constituye buena prueba de la necesidad de este estudio.

A luz de lo expuesto, nuestra investigación tiene como objetivo, en primer lugar, analizar la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso y el desapoderamiento del deudor concursado. Esclarecer los efectos de esta declaración en los actos realizados por el deudor y su patrimonio constituye un *prius* ineludible de este trabajo, pues enlaza directamente con la problemática asociada a la subjetivación de la masa activa en el proceso concurzal.

En segundo término, ahondaremos en la posición jurídica de la administración concurzal; de igual modo, en el instrumento que permite explicar la plena eficacia de los actos realizados por esta en la esfera jurídica del concursado. No es desconocido que la naturaleza jurídica de la administración concurzal ha sido una de las cuestiones más extensamente discutidas en materia de insolvencia, con notables esfuerzos de aclaración doctrinal, a nivel patrio y extranjero, focalizados en el estudio de la figura y su relación jurídica con el deudor, los acreedores y el patrimonio concurzal.

En tercer lugar, atenderemos al interés del concurso, concepto jurídico indeterminado sobre el que pivota el proceso concurzal, útil tanto para expresar su finalidad última como para servir de *ratio* decisoria en el ejercicio de los instrumentos

predispuestos legalmente al servicio de aquel fin. Su delimitación es decisiva: revela la función que el patrimonio concursal está orientado a cumplir, con separación y autonomía respecto al interés subjetivo de deudor y acreedores.

La función económica consustancial a la masa activa entronca, en cuarto lugar, con la idea de patrimonio separado. Este destino justifica la aplicación de una disciplina peculiar para la tutela de la función objetiva que los bienes y derechos que integran la masa activa asumen tras la declaración de concurso. El análisis pormenorizado de los elementos definidores de la separación patrimonial constituye asunto de obligado estudio en esta memoria doctoral.

Finalmente, nos pronunciaremos sobre la idoneidad de conceder personalidad procesal a la masa separada, en función del régimen de administración y disposición patrimonial acordado, con solución respecto a otras categorías procesales que engarzan con la posición en el proceso de deudor, acreedores y administración concursal, sin adecuada respuesta en el vigente texto concursal.

Atendido el objeto y principales cuestiones a abordar en este trabajo, conviene realizar dos precisiones más.

En primer término, debemos dejar sentado que el patrimonio concursal constituye el elemento de referencia del proceso objeto de estudio. Ello condiciona el tratamiento de los efectos de la declaración de concurso sobre la posición jurídico-procesal de los sujetos que intervienen en el mismo.

Es cierto que, a primera vista, de atender al tenor del art. 1.1 TRLC -«la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica»-, a la propia sistemática del TRLC -que posterga a los arts. 192 y ss. la composición de la masa activa-, e incluso a los inmediatos efectos que se proyectan sobre el deudor tras la declaración de concurso, se puede colegir que el proceso concursal español se estructura sobre la figura del deudor y no desde la perspectiva de la entidad patrimonial.

Sin embargo, esta visión del proceso concursal, al menos en el ordenamiento jurídico patrio, supone desconocer la esencia de su articulación: la ordenación del

patrimonio -embargable- de un deudor común, sea persona física o jurídica, para hacer frente con él al pago de sus acreedores, mediante convenio o liquidación.

Este enfoque es relevante, pues sobre tal planteamiento se confecciona el proceso concursal. Su origen, desarrollo y fin último se justifican sobre la idea de una situación de insolvencia y una pluralidad de acreedores a la que responder, y sobre la que el legislador focaliza sus esfuerzos con medidas excepcionales de distinta naturaleza.

De esta suerte, el régimen jurídico previsto y los efectos que dimanar del auto de declaración de concurso recaen en el patrimonio concursal como eje central articulador del proceso concursal, ya sea para instituir remedios extraordinarios que procuren su correcta formación, ya para ordenar su gestión sobre la base de ciertos criterios legales.

A este cambio de óptica ha contribuido la eliminación de las medidas sancionadoras y las connotaciones peyorativas que, en los regímenes concursales precedentes a 2003, se asociaban al deudor insolvente. La flexibilización de los efectos de la declaración de concurso en la legislación vigente ha supuesto virar en la concepción del proceso concursal que, abandonando su original carácter represivo - Exposición de Motivos (en adelante, EM) [III] de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC)-, se centra en combatir la insolvencia como un estado que pertenece al orden natural de acontecimientos de la vida jurídica, y, en particular, de la actividad empresarial.

Lo expuesto nos permite establecer una premisa de partida, punto de anclaje en el desarrollo de este trabajo: la posición del deudor, de los acreedores y del administrador o administradores en el proceso concursal queda supeditada, en gran medida, a las necesidades y condiciones de actuación que, en relación a la masa activa, determina el legislador.

El Derecho concursal, como instrumento jurídico para la solución de las crisis económicas, redistribuye la posición que en situaciones ordinarias ocupan tales sujetos en orden a alcanzar los propósitos del concurso. Y esta posición no es idéntica en todos los estadios del proceso, ni siquiera en una misma fase, con adaptación de aquella al interés del concurso.

En segundo lugar, hemos de enfatizar la autonomía de la relación jurídico-procesal respecto a la relación jurídico-material.

Obvio es que derecho sustantivo y proceso tienen una honda relación. Ahora bien, desde el momento en el que la actividad que atiende y satisface la tutela del derecho material es una actividad pública, cauce para el ejercicio de la función jurisdiccional, los sujetos y efectos relativos a la constitución, modificación, desarrollo y término de relación jurídico-procesal son dispares de los que se predicen en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Probablemente, el error de la doctrina mercantil, con recto reflejo en los textos concursales de este siglo -LC y TRLC-, ha radicado en intentar explicar con idénticos moldes, en terminología de GUASP, realidades o datos fenomenológicamente diversos. Y, desde esta lógica, no sorprenden los defectos de técnica procesal de la norma concursal.

La sistemática de nuestro trabajo de investigación es, atendido lo expuesto, la siguiente:

El Capítulo I se dedica al análisis de la estructura y principios rectores del proceso concursal. Las singularidades asociadas al cauce diseñado para la tutela jurisdiccional de las situaciones de insolvencia -actual o inminente- impone una aproximación general en orden a clarificar su naturaleza jurídica y los principios del proceso. Su impacto en la ordenación del concurso y en la posición subjetiva de las personas afectadas por su declaración exige esta acotación previa.

El Capítulo II comprende la delimitación de la masa activa. La concreción de qué bienes y derechos integran el patrimonio afecto a la declaración de concurso resulta inexcusable: constituye el elemento material -y, en este sentido, el objeto- que permite alcanzar el fin del concurso. Es decir, si el proceso de insolvencia se erige en el mecanismo que permite encauzar la función de responsabilidad del patrimonio del concursado, en cualquiera de sus dos soluciones (convenio y liquidación), la definición y extensión de sus componentes debe ser cuestión de preceptivo tratamiento en esta memoria.

En los Capítulos III y IV ahondamos en la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso y en el desapoderamiento del deudor concursado. Comenzaremos escrutando si el órgano jurisdiccional, para actuar la responsabilidad contraída sobre un patrimonio ajeno, precisa de un acto de embargo, traba o vinculación formal de los bienes sometidos a la actividad concursal, ínsita o al margen de la declaración de concurso. Seguidamente, analizaremos qué eficacia tiene esta declaración en las relaciones jurídicas que importan en la formación de la masa activa. A continuación, indagaremos en las consecuencias de la afección patrimonial con el propósito de sentar las bases y valorar si se produce un acto expropiativo -del patrimonio o del poder de disposición del deudor-, o deviene efectivo algún otro fenómeno jurídico con reflejo en la posición de los sujetos en sede concursal. Singularmente, por último, trataremos de esclarecer el impacto de la constitución de la nueva situación jurídica en el deudor en orden a justificar su posición instrumental y subordinada al interés del concurso.

En el Capítulo V estudiamos la posición jurídica de la administración concursal, y el mecanismo que, en técnica jurídica, permite explicar la eficacia de sus actos sobre la masa activa.

Los Capítulos VI y VII se destinan al examen y concreción del interés del concurso y al análisis de la masa concursal como núcleo patrimonial separado -autónomo o de destino-. La nueva función que la masa activa está orientada a satisfacer tras la declaración judicial de insolvencia contiene el reconocimiento de ese nuevo interés, de preferente tutela material, con desplazamiento del resto de intereses subjetivos -del deudor y, en su caso, de los acreedores- e instauración de aquel como criterio rector de las relaciones jurídicas que se integran en su haber.

Finalmente, por cuanto el destino que la masa activa ha de cumplir legalmente entraña la inserción de especialidades en relación al derecho de acción y a la constitución de las relaciones jurídico-procesales, dedicamos el Capítulo VIII al tratamiento de las siguientes cuestiones: la capacidad para ser parte de la masa concursal, las reglas de legitimación activa diseñadas en el TRLC y el estatuto de parte de la administración concursal, el deudor y el patrimonio separado.

El exhaustivo análisis de estos elementos nos permitirá realizar propuestas de *lege ferenda* en orden a esclarecer, de manera definitiva, la posición jurídico-procesal y la legitimación *ad causam* de los sujetos partícipes en la actividad concursal.

Por último, en lo que hace a las fuentes, nuestra investigación ha sido enteramente documental. Para su desarrollo nos servimos de los siguientes materiales, consultados por el orden que se detalla:

En primer lugar, hemos trabajado sobre el TRLC y la derogada LC. Asimismo, sobre la LEC y otras normas procesales y sustantivas con influjo en nuestro estudio. Entre las más destacables: Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal -en adelante, LORC-; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -en adelante, LOPJ-; Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil -en adelante, CC-; Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita -en adelante, LAJG-; Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital -en adelante, TRLSC-; Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria -en adelante, LH-; Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión -en adelante, LHM-; y Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles -en adelante, LVP-.

De igual modo, para la confección de este trabajo se han manejado textos históricos de Derecho nacional, especialmente el Código de Comercio de 1829 -en adelante, CCom/1829-, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 -en adelante, LEC/1881-, el Código de Comercio de 1885 -en adelante, CCom/1885- y la Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos -en adelante, LSP-, así como los Anteproyectos de Ley Concursal -de 1959, 1983, 2000 y 2001- y la propuesta de Anteproyecto de 1995 que precedieron a la LC de 2003. Igualmente, cuando ha sido preciso, hemos analizado la evolución normativa experimentada por la norma concursal, con aproximación a aquellas reformas operadas que se han reputado de interés para este estudio.

De otro lado, nos hemos servido de textos legales vigentes -e históricos- de ordenamientos jurídicos extranjeros; destacadamente, la *Insolvenzordnung vom 5.*

Oktober 1994 -en adelante, InsO- y el *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Decreto Legislativo, 12 gennaio 2019, n. 14 -en adelante, *Codice della crisi d'impresa*-.

El estudio de las referidas normas se ha seguido del atento análisis de las aportaciones de la doctrina científica, patria y foránea, en obras generales, trabajos monográficos y artículos en revistas especializadas. En esta memoria, las contribuciones de la doctrina extranjera han sido especialmente útiles -tanto como las nacionales- para la construcción de algunos de sus pasajes.

Finalmente, esta investigación se ha nutrido de la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales. Destacadamente, de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo -en adelante, TS-, las Audiencias Provinciales -en adelante, AP- y los Juzgados de lo Mercantil -en adelante, JM-; también han sido objeto de estudio algunas resoluciones de la antes denominada Dirección General de Registros y del Notariado -en adelante, DGRN-, y, puntualmente, del Tribunal Constitucional -en adelante, TC-.

CAPÍTULO I
EL PROCESO CONCURSAL.
ESTRUCTURA Y PRINCIPIOS RECTORES

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES COMO PROCESO. PLANTEAMIENTO GENERAL

El proceso concursal es el cauce a través del cual el Ordenamiento jurídico concede a determinados sujetos una especial tutela jurisdiccional para aquellos supuestos en los que se declara la insolvencia de una persona. El concurso se erige en la respuesta jurídica a la situación de desbalance económico que presenta un deudor insolvente y, más exactamente, a las especiales necesidades de tutela jurídica que nacen con ocasión de aquella insolvencia¹.

El concurso es, pues, un proceso: a través del mismo se dispensa tutela jurisdiccional². Sin embargo, no es un proceso común que albergue una única petición de tutela. Nos encontramos, por el contrario, ante un cauce procesal caracterizado por la actuación de una pluralidad de sujetos, cuyas heterogéneas pretensiones pasan a ser sustanciadas conjuntamente³.

La principal tutela que persigue el proceso concursal, aunque no la única, es la satisfacción de los derechos y legítimos intereses de los acreedores⁴. En aras a conseguir

¹ VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 83.

² Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores: comunicación y reconocimiento de créditos en el concurso», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa: profili di Diritto Concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, SARCINA y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (a cura di), Cacucci Editore, Bari, 2008, p. 131.

Sobre la cuestión, interesa reproducir lo expuesto por MAFFIA: «hay quienes afirman que la quiebra es, derechamente, un proceso. Otros lo niegan. Todos con buenas razones, aunque en el fondo vemos preponderantemente un problema de opción semántica: a qué dato de la realidad, a qué objeto - cultural- nos referimos mediante la voz “quiebra”. Sea o no un proceso la quiebra, lo innegable es que existe un proceso concursal. Más aún, es impensable una quiebra sin proceso, específicamente sin proceso judicial» («Personificación del concurso y función orgánica de la sindicatura», *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, I, 1981, p. 26).

³ Pluralidad de sujetos y pluralidad de objetos reunidos bajo la envoltura externa de un único procedimiento, que alberga diversas secciones y la posibilidad de multitud de incidentes y piezas cuya unión interesa en atención a la situación de insolvencia concursal. Las bondades de tal reunión atienden, al menos, a un triple fundamento. En primer término, a la propia esencia del concurso: sin sustanciación conjunta no es posible su desarrollo; en segundo lugar, permite garantizar la seguridad jurídica y evita que se produzcan sentencias contradictorias; y, por último, procura la economía procesal, eludiendo la reiteración de actos procesales.

⁴ En este sentido, la EM de la LC alude, hasta en cuatro ocasiones, a la satisfacción de acreedores. Destacadamente, en su apartado II declara: «la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso». Vid. también los apartados V, VI y IX.

este propósito, el legislador articula todo un complejo entramado procesal dirigido, en primer lugar, a la ordenación del patrimonio del deudor insolvente y, posteriormente, a su reparto entre los acreedores.

De esta suerte, se confecciona una estructura procedimental dividida en fases - común y de convenio y/o liquidación-, con objetivos y contenidos muy dispares⁵. La primera fase, denominada común, procura la conformación del patrimonio del deudor insolvente; esto es, la determinación de las masas activa y pasiva para conocer, de un lado, los bienes y derechos de que dispone el deudor y, de otro, los créditos a los que debe hacer frente. La segunda fase se dirige a la satisfacción de los acreedores a través de dos cauces: bien la aprobación y cumplimiento de un convenio, bien un régimen de liquidación para el posterior pago.

En cada fase, la naturaleza de las actividades que se desarrollan es distinta; también las pretensiones e incidentes que en su seno acoge. En suma: un proceso con significativas particularidades, tanto en su forma como en su contenido.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y PRESUPUESTOS DEL PROCESO CONCURSAL

2.1. El auto de declaración de concurso como acto iniciador de la tutela jurisdiccional

El inicio de la referida tutela jurisdiccional comienza con el auto⁶ que admite la pretensión -instada por deudor, acreedores o demás legitimados- y declara el concurso del deudor en situación de insolvencia actual o inminente⁷.

Algún autor afirma que: «favorecer a los acreedores en su conjunto o la misma solución concursal a la situación de insolvencia no es por sí misma la solución justa al conflicto sino una opción del legislador tan contingente como práctica» (PEINADO GRACIA, «La protección de los acreedores en el concurso, ¿quién es el acreedor?, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, nº 3, p. 76).

⁵ Como tendremos ocasión de analizar más adelante, a diferencia de lo que ocurre en los procesos singulares (declarativos y ejecutivos), donde la actividad procesal surge y avanza en una única dirección, el proceso concursal se compone de varias líneas de avance (secciones y piezas del concurso) comprensivas de actos que se suceden en el tiempo, no solo por la ordenación legal sino también por el carácter temporal de todo lo histórico (cfr. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 183», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2725 y ss.).

⁶ La idoneidad de que sea un auto, y no una sentencia, la resolución que declare el concurso de acreedores fue ya una cuestión que puso en entredicho CARRERAS LLANSANA: «la forma de auto obedece en cierto modo a lo que podríamos llamar un capricho legislativo, ya que antaño debía adoptar siempre la

Sin embargo, instada la solicitud, la tutela pretendida no se agota con su estimación⁸. Al contrario, es con la producción de los efectos del auto declarando el concurso cuando se materializan las concretas pretensiones de tutela jurisdiccional rogadas por aquel que procuró la demanda de solicitud del mismo⁹.

El auto de declaración de concurso, en tanto que promotor de aquellos efectos, se erige, pues, en una resolución crucial para la constitución de la nueva situación jurídica¹⁰. Esta resolución responde a lo que conceptualmente se conoce, desde la ciencia procesal, como acto de naturaleza constitutiva¹¹.

forma de sentencia, que parece ser la más adecuada a aquella naturaleza» -en «La declaración de la quiebra», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, p. 66; del mismo parecer, MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, «Comentario a los artículos 21 y 22», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 342-. De hecho, así ocurre en el Ordenamiento jurídico italiano, donde la declaración de *fallimento* se realiza por medio de sentencia -art. 16 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, «Legge fallimentare» (en adelante, Legg. fall.), actualmente en vigor hasta el 1 de septiembre de 2021 -también está previsto que ocurra así, posteriormente, dado el tenor del art. 49 del *Codice della crisi d'impresa*-. No ocurre de igual modo en el ordenamiento jurídico alemán, donde se emplea el auto para declarar la apertura del concurso -art. 27 de la InsO-.

⁷ Vid. OLIVENCIA RUIZ: «el concurso es un estado jurídico que necesita de una declaración judicial, sobre la base de un estado económico de insolvencia (presupuesto), y que da origen a un procedimiento» («Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, p. 37); RIFÁ SOLER para quien «solo existe concurso si existe un auto judicial que en ese estado lo constituye» «Comentario al artículo 21», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 136. Vid. también ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 472 y 473.

⁸ HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores: comunicación y reconocimiento de créditos en el concurso», cit., p. 131, y «Comunicación de créditos», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dirs. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 513.

⁹ En este sentido, como afirma VEGAS TORRES, la declaración de concurso no satisface, por sí sola, el interés del solicitante sino que es preciso que se materialicen los efectos que la Ley vincula a la declaración de concurso, esto es, que se cumpla lo que el auto de declaración de concurso manda (en «El concurso como proceso jurisdiccional...», cit., p. 95).

¹⁰ Ya sea ejercitada por uno o por otros, la pretensión de declaración de concurso se encuadra dentro de lo que la doctrina denominó el derecho a pedir el cambio jurídico -que no el derecho al cambio jurídico- y que se formula como un «verdadero derecho potestativo que tanto tienen determinados acreedores frente al deudor, como éste frente a los acreedores» (CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 146, 1977, pp. 474 y ss., nota al pie 19, 476, especialmente, nota al pie 22, 477, 482 y 483).

¹¹ La naturaleza jurídica del auto ha sido profundamente debatida; como señalara CARRERAS LLANSANA: «Aunque se ha discutido cuál sea ésta, nos parece que la calificación no es dudosa: se trata de una resolución constitutiva, en cuanto por ella se crea precisamente el estado de carácter jurídico material» (en «La declaración de la quiebra», cit., p. 66). Sobre la cuestión, interesantes también las reflexiones de CORTÉS DOMÍNGUEZ, para quien la resolución judicial declarando la quiebra no creaba ningún nuevo status jurídico, sino que determinaba, en cambio, el nacimiento de una nueva situación jurídica, que involucraba no solo a la persona del quebrado, sino a todos aquellos que estaban unidos a él con relaciones de crédito («Aproximación...», cit., pp. 513 y ss.).

La naturaleza cautelar de la resolución jurisdiccional declarativa de concurso tampoco es extraña en la doctrina clásica. De este modo, fue sostenida inicialmente por CANDIAN, «Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1931, I, pp. 234 y ss.; y, posteriormente, por CALAMANDREI, «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento

La actividad jurisdiccional posterior al dictado del auto de declaración de concurso consistirá, en consecuencia, en materializar buena parte del contenido de la tutela ya dispensada¹². Ello permite negar que esta actividad detente naturaleza cautelar, ni siquiera en el ínterin que media hasta la aceptación de los administradores concursales (art. 28.3 TRLC)¹³.

cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1936, I, pp. 279 y ss. Para los referidos autores, la sentencia de declaración de quiebra era una resolución judicial cautelar que aseguraba, a través de concretas medidas ejecutivas, el interés del Estado a la *par conditio creditorum*. Fue precisamente en la consideración de estos autores de la sentencia declarativa de quiebra como un fin en sí mismo y su clara incompatibilidad con la naturaleza propia de las medidas cautelares - medio para un fin- lo que llevó a la doctrina de aquel tiempo a repudiar esta posición (para un repaso de las críticas que se formularon, vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., pp. 467 y 468, nota al pie 9). Sobre el carácter ejecutivo de la resolución declarativa de concurso, vid. *infra*. Asimismo, para una breve revisión de la doctrina clásica, vid. el mismo trabajo de CORTÉS DOMÍNGUEZ, pp. 474 y 475, nota al pie 19, y pp. 509 y 510, nota al pie 72, y MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 221 a 230.

Tras el régimen instaurado en 2003, es generalmente admitida la naturaleza constitutiva del auto de declaración de concurso. Entre otros, así lo reconocen, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. 7 (*Derecho Procesal Concursal*), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 21 y ss., especialmente pp. 26 y ss.; RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», cit., p. 136; PEITEADO MARISCAL, *La declaración de concurso*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 207; PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración del concurso. La vis atractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007, pp. 19 y ss.; y BELLIDO PENADÉS, *El procedimiento de declaración de concurso*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 377. Refieren un carácter declarativo y constitutivo del auto, PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores. La declaración*, La Ley, Madrid, 2009, p. 809; y GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.128). Huelga afirmar que esta naturaleza constitutiva del auto solo es predicable cuando el pronunciamiento jurisdiccional es estimatorio de la pretensión. En caso contrario, por cuanto no se crea situación jurídica nueva, debemos reconocer una naturaleza exclusivamente declarativa.

En el ordenamiento jurídico italiano, la mayor parte de la doctrina considera que la referida resolución tiene naturaleza de «certamento constitutivo» (vid., en tal sentido, *La Legge fallimentare esplicata. La normativa spiegata articolo per articolo*, 5ª ed., Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2012, p. 16). Aun así, el carácter de aquella no ha sido una cuestión pacífica (para una exposición de las principales posiciones doctrinales clásicas sostenidas en el país transalpino, vid. PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, tomo I, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1955, pp. 267 y ss.). En la actualidad, entre otros, FACCIOLI señala: «secondo un orientamento, la sentenza dichiarativa del fall. costituirebbe un provvedimento di natura puramente esecutiva (...), secondo altra dottrina, si tratterebbe invece di un provvedimento volontario di cognizione, diretto a costituire lo *status* fallimentare (...), altri ha parlato di provvedimento d'urgenza (...), altri ancora l'ha qualificata come sentenza di accertamento costitutivo (...), o, più precisamente, come sentenza costitutiva necessaria (...). Occorre poi ricordare la posizione di chi ha affermato che, per la molteplicità e diversità degli effetti che le sono ricollegati, la sentenza dichiarativa del fall. no sarebbe riconducibile a una definizione unitaria, potendosi invece riconoscere una triple natura: di accertamento, costitutiva, esecutiva» -«Commentario all'articolo 16», con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 98 y 99-. Asimismo, vid. NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 93.

¹² Cfr. ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva Ley concursal)», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 160.

¹³ A pesar del tenor literal del TRLC, como señalara ORTELLS RAMOS respecto al art. 21.1.4º LC, tales medidas no son adoptadas para asegurar la efectividad de una tutela jurisdiccional sobre la cual el pronunciamiento está pendiente y es dudoso, sino para dar eficacia inmediata a la tutela judicial ya

En rigor, dicha actividad judicial posterior debe ser puesta en relación con la eficacia general que reconoce el art. 522 LEC a toda resolución constitutiva¹⁴. Y es que, en puridad, aquella actividad no es propiamente ejecutiva -o quizás, de manera más exacta, primerísimamente ejecutiva-, sino necesaria para hacer eficaz el mandamiento contenido en la resolución jurisdiccional y, por tanto, para crear la nueva situación jurídica¹⁵; esto es, una actividad complementaria de distinto alcance y carácter que, obedeciendo al contenido del auto, se concreta en cada una de las normas reguladoras del concurso de acreedores¹⁶.

Ha de subrayarse, sin embargo, el destino final de las actividades que desencadena la concesión de dicha tutela (arts. 317, 401, 419 a 440 TRLC), a saber, el otorgamiento de una tutela patrimonial, estrictamente dineraria, dirigida a procurar la máxima satisfacción de los acreedores del deudor común¹⁷.

2.2. La controvertida naturaleza jurídica del proceso concursal. En especial, sobre su consideración como proceso ejecutivo

La naturaleza jurídica del proceso concursal sigue siendo, en la actualidad, una cuestión huérfana de estudio. Pese a los avances en la materia, no contamos con una caracterización completa del proceso concursal en el régimen vigente que permita

otorgada por el auto de declaración de concurso, uno de cuyos efectos consiste en limitar las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor con sometimiento a alguna de las dos modalidades legales de administración (art. 28.1.3º y 4º TRLC; art. 21.1.2º LC): «Los riesgos de la demora que las medidas del art. 21.1.4º LC persiguen contrarrestar no son los debidos a la duración de un proceso sobre una tutela judicial de incierto otorgamiento, sino los que derivan del tiempo que, por razones de mero hecho, resulta necesario para nombrar administradores, que estos acepten el cargo (art. 29 LC) y que den comienzo a su ejercicio» (en «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 117; vid. también, en el mismo trabajo, pp. 126 y 132). En este mismo sentido, vid. RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», cit., pp. 138-140. En contra, asimilando las medidas contenidas en los antiguos arts. 17 y 21.1.4º LC (actuales arts. 28.3 y 18 TRLC), CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, 3ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 97.

¹⁴ Conviene reparar en que pese a que el art. 522 de la LEC lleve por rúbrica “Acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas. Solicitud de actuaciones judiciales necesarias” y su contenido sólo haga referencia a las sentencias, el auto de declaración de concurso participa de una naturaleza común a la de las sentencias. Sobre este último extremo, vid. las consideraciones realizadas en la nota a pie 6.

¹⁵ En palabras de ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ: «la naturaleza del auto desborda los límites de la ejecución» (en «Comentario al artículo 21», cit., p. 473). Esta no es una afirmación especialmente feliz pues no podemos afirmar que una resolución de carácter ejecutivo tenga un contenido más limitado que una de naturaleza constitutiva. Simplemente se trata de resoluciones de naturaleza dispar en atención a los presupuestos para su nacimiento y a los efectos que producen.

¹⁶ Como señalara CORTÉS DOMÍNGUEZ, el art. 522 LEC es una norma en blanco que, en el caso del concurso, se concreta en cada una de las normas que regulan dicho procedimiento, y en las actuaciones contenidas en el mismo, una vez dictado el auto que constituye la nueva situación jurídica (en «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», cit., p. 21).

¹⁷ Cfr. ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 129.

explicar los principales criterios a los que ha atendido el legislador para su ordenación. No extraña que así sea dadas las dificultades asociadas a su compleja estructura y al distinto régimen jurídico de cada una de sus fases.

En los regímenes jurídicos precedentes, patrios y foráneos, la naturaleza jurídica de los institutos concursales fue una cuestión controvertida¹⁸. Encontramos desde académicos que se decantaron por el reconocimiento de su carácter administrativo¹⁹, hasta otros que integraron los institutos del momento en la vasta categoría de la jurisdicción voluntaria²⁰. Asimismo aparecen autores, en elevado número, que han defendido su carácter de jurisdicción contenciosa²¹, particularmente como juicio ejecutivo, y, en fin, localizamos también a quienes, reconociendo su complejidad, mantuvieron posiciones eclécticas o intermedias, con notas de las anteriores descripciones pero destacando su especial naturaleza²².

¹⁸ Para un recorrido por las principales posiciones científicas, vid. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, «Naturaleza jurídica del concurso y la quiebra», *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, tomo II, 1950, pp. 498 y ss.

¹⁹ Entre otros, LIPARI, «Struttura e funzione della sentenza dichiarativa di fallimento», *Il circolo giuridico*, 1930, pp. 28 y ss. Sobre esta tesis, vid. también D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Cedam, Padova, 1940, pp. 98 y ss. y 132 y ss.

²⁰ Vid. KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts für das akademische Studium*, vol. I, 3ª ed., 1925, p. 585 y POLLAK, *System des Oesterreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluss des Exekutionsrechtes*, 2ª ed., 1932, pp. 34 y 35 (citados ambos por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, «Naturaleza jurídica del concurso y la quiebra», cit., pp. 501 y 502); REDENTI, *Lezioni introduttive allo studio della procedura civile*, Bologna, 1929, pp. 98 y ss.; si bien con dudas, CARNELUTTI, «Natura del processo di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, I, pp. 213 y ss. llegando a afirmar: «processo volontario dunque il fallimento ma processo esecutivo»; y, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 11 y ss. (vid. nota al pie 27, con cita de doctrina italiana y alemana)-. En España, para la quiebra, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., p. 516; para la suspensión de pagos, vid. GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1960, p. 596, PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, *Revista de Derecho Privado*, 1964, pp. 478 y ss., y, de manera menos contundente, SERRA DOMÍNGUEZ, «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos», *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 657 y ss., p. 659, nota al pie 7 (artículo también publicado en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIII, Barcelona, 1967, pp. 501 a 508).

²¹ Entre otros, SEGNI, «Osservazioni sul giudizio di verificaione dei crediti nel fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, II, 1930, pp. 262 y ss., CRISTOFOLINI, «Dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, I, 1931, pp. 321 y ss., CARNELUTTI, «Carattere della sentenza di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1931, II, 163 y ss. y «Ancora sulla natura della sentenza di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1936, I, pp. 260 y ss., NAVARRINI, *Trattato di Diritto Fallimentare secondo la nuova legislazione*, tomo I, Zanichelli, 1934, pp. 15-16, JAEGER, *Konkursrecht*, Berlín, 1924, pp. 164 y 165 (citado por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 503 y 504), NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, Cedam, Padova, 1973, *passim*; y, PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., *passim*, pero especialmente, pp. 31 y ss.

²² En este sentido, ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Fratelli Bocca, Torino, 1917, pp. 131 y ss.; CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (traducción de GÓMEZ ORBANEJA), tomo I, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936, p. 108; y, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. S. Aguirre, Madrid, 1940, pp. 436 y 437.

Por la variedad de categorías enunciadas, y salvando las distancias con el régimen concursal vigente, podemos ya intuir la difícil reconducción de la actividad concursal a categorías procesales preestablecidas²³.

En la actualidad, en España, la naturaleza jurídica del proceso concursal sigue siendo una cuestión espinosa. Así, aunque es generalmente admitido el carácter contencioso²⁴ y la naturaleza procesal del concurso²⁵, para un importante sector de la doctrina sigue compartiendo, junto a la denominada ejecución singular, una común categoría ejecutiva.

Los argumentos que justifican este tratamiento son evidentes. No podemos obviar que su fundamento último es idéntico: atienden a una situación de responsabilidad patrimonial y procuran el restablecimiento del orden legal. Sin embargo, las notas que hacen singular el proceso concursal son notables. Estas radican,

²³ Las posiciones doctrinales expuestas, lejos de constituir meros empeños intelectuales, adquieren relevancia práctica a la vista de lo concebido en algunos ordenamientos jurídicos. Así, podemos observar una tendencia hacia la administrativización del proceso concursal en países como Colombia o Perú y, en menor medida, Chile. En Colombia, la Ley 555 de 1999 introdujo, por vez primera, una “desjudicialización” de parte del proceso concursal, en concreto, de lo que denominan “concordato preventivo voluntario”. En la actualidad, con la Ley 1116 de 2006, se sigue considerando como un proceso “judicial”, en los términos en que estaba previsto en el Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 del mismo año, si bien con una clara distinción: es una entidad administrativa -la Superintendencia de Sociedades- la que asume las funciones jurisdiccionales propias del juez del concurso, tanto en caso de concordato como de liquidación (vid. DASSO, *Derecho concursal comparado*, tomo I, ed. Legis, Buenos Aires, 2009, pp. 406 a 408). En Perú, encontramos el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) que, ratificado por Ley del Sistema Concursal 27.809/2006 e integrado en el Poder Ejecutivo central, se encarga de la dirección y tramitación de todos los procedimientos concursales (*in extenso*, vid. DASSO, *Derecho concursal comparado*, tomo II, ed. Legis, Buenos Aires, 2009, pp. 1205 y ss.). En el caso de Chile, también con importantes funciones en el seno del proceso concursal, encontramos la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, aprobada por Ley 20.720/2014 e integrada en el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. La misión institucional de este órgano es, en esencia, la de fiscalizar y regular las actuaciones de los entes que intervienen en los procedimientos concursales -síncicos, administradores de la continuación del giro, expertos facilitadores, liquidadores, etc- con el fin de que cumplan el cometido que le es encomendado por el Ordenamiento jurídico de forma eficaz y transparente (para otras funciones encomendadas, vid. <https://www.chileatiende.gob.cl/servicios/ver/AK007> -consultado, por última vez, el 22 de marzo de 2021-).

La tendencia expuesta no es, sin embargo, común en todos los países de sudamérica. De esta suerte, en el caso de México encontramos el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (IFECOM) cuyo propósito fundamental atiende al control en el registro de las personas que acrediten cumplir los requisitos necesarios para realizar las funciones de visitador, conciliador o síndico (arts. 311 y ss. Ley de Concursos Mercantiles de México). A diferencia de lo que acontece en el resto de órganos arriba descritos, IFECOM se integra en el Consejo de la Judicatura Federal, dentro del Poder Judicial (sobre este, vid. <http://www.ifecom.cjf.gob.mx/index.htm#Inicio> -consultado, por última vez, el 22 de marzo de 2021- y DASSO, *Derecho concursal comparado*, tomo II, cit., pp. 1067 y ss.).

²⁴ En contra, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 375, para quien el concursal es un proceso más asimilable a los de jurisdicción voluntaria.

²⁵ En contra, PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, cit., p. 33, para quien sólo lo que el legislador denomina como sección primera es el auténtico proceso concursal.

fundamentalmente, en los principios sobre los que se asienta, en su dispar ordenación procedimental y en la heterogénea actividad que predomina en este en contraposición al proceso de ejecución.

Dada la habitual tendencia descrita y los esfuerzos de la doctrina, sobre todo clásica, por conceptualizar los institutos concursales bajo el molde de la ejecución forzosa, entendemos necesario detenernos en el estudio de ambos instrumentos técnicos²⁶. No resolveremos con esta aproximación el problema de la naturaleza jurídica del proceso concursal pero sí arrojaremos algo de luz a su delimitación como categoría autónoma, en la que ahondaremos en epígrafes siguientes.

- *El proceso concursal no es un proceso de ejecución típico*

Actualmente sería inexacto sostener que la clásicamente denominada ejecución general contiene actividad ejecutiva típica²⁷. Fundamentalmente, porque la tutela que procura el proceso concursal no depende de un título ejecutivo ni de un incumplimiento de obligación. Cualquiera de estos conceptos tiene difícil encaje en el proceso concursal²⁸.

En primer lugar, adviértase que la aportación de título ejecutivo que reconoce el TRLC al instar el concurso de acreedores es potestativa (arts. 2.4 y 7.1). Ciertamente no son pocos los supuestos en los que el juez constata la situación de insolvencia del deudor -presupuesto objetivo (art. 2 TRLC)- con apoyo en la existencia de cualquiera de los hechos a que alude el art. 2.4 TRLC. Esta circunstancia revela que la preocupación del legislador radica en la fijación de ciertos parámetros -sea la aportación de título

²⁶ Pese a esta delimitación y a la importancia de su distinción, por sus similitudes, las referencias a la ejecución forzosa en este trabajo son obligadas. Para la conceptualización del proceso de ejecución nos servimos de la definición generalmente admitida por la doctrina, esto es, el proceso de ejecución entendido como instrumento a través del cual se logra la transformación material de la realidad y se adecúa esta a lo reconocido en un título ejecutivo -vid., entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 17 y ss.; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 558-559-.

²⁷ En la doctrina actual, hay quien entiende que no existe identidad alguna entre el proceso de ejecución y el concurso (de esta opinión, PÉREZ DEL BLANCO, en *Efectos procesales...*, cit., pp. 23 y 24). Este autor descarta, incluso, que deba existir necesariamente actividad jurisdiccional tras la declaración de concurso.

²⁸ Esta afirmación es igualmente extensible al régimen de quiebra. De esta opinión, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., p. 464. Respecto a este autor, disentimos, sin embargo, en que la llamada “ejecución general” no sea actividad ejecutiva, pues, en la mayoría de ocasiones, la contiene.

ejecutivo, sea la alegación de cualesquiera de los referidos hechos- para, verificada su concurrencia, confirmar la nueva situación jurídica y declarar el concurso²⁹.

A este respecto, en relación a los acreedores, nótese que ejercitada la acción por cualquiera de ellos (art. 3 TRLC) y declarado el concurso, ni la continuación del proceso depende ya solo de él³⁰, ni sirve a la sola satisfacción de su interés particular³¹.

²⁹ Ello confronta, empero, cuando se cuenta con evidencias que corroboran tal situación, con la ausencia de previsiones dirigidas a dotar a determinados órganos públicos, concretamente al Ministerio Fiscal de acción para instar su declaración, o al órgano jurisdiccional de poder para su incoación de oficio.

Estas soluciones han sido, sin embargo, objeto de discusión parlamentaria. Durante la tramitación de la LC se propusieron distintas enmiendas en esta dirección (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, núm.101-15). Así, la enmienda núm. 125 (p. 136) formulada por el Grupo Parlamentario Vasco proponía la adición de un nuevo apartado 5 en el art. 3 con el siguiente tenor: «5. Lo dispuesto en este sentido se entenderá sin perjuicio de los supuestos de declaración de oficio por el propio Juez cuando conozca de una acumulación de ejecuciones contra el mismo deudor, y en la que advierta la imposibilidad de pago de las deudas por el mismo. También procederá la declaración a instancia del ministerio fiscal cuando así lo decida con ocasión de una causa criminal de la que esté conociendo»; la enmienda núm. 233 del Grupo Parlamentario Socialista (pp. 176 y 177) instaba la adición de dos nuevos apartados (5 y 6) en el art. 3: «5. También podrá solicitar la declaración de concurso el Ministerio Fiscal cuando intervenga en procedimientos por delitos socio-económicos en los que se pongan de manifiesto indicios de sobreseimiento en el pago del autor o de los cómplices o cooperadores del mismo. 6. Los jueces de Primera Instancia cuando tengan conocimiento del sobreseimiento generalizado en el pago de una persona pondrán dicha circunstancia en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos de que el Fiscal inste la declaración de concurso»; la enmienda núm. 416 del Grupo Parlamentario Catalán -Convergència i Unió- (p. 251) proponía la inclusión de un nuevo apartado 5 en el art. 3: «5. Asimismo, se podrá solicitar la declaración del concurso de oficio por parte del Juez de la jurisdicción penal o del Juez de la jurisdicción civil cuando haya comprobado la insuficiencia de bienes del deudor para cumplir sus obligaciones». En la justificación de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista se destaca expresamente la clara dimensión pública que ostenta el concurso de acreedores y que, sin embargo, es obviada por el legislador a favor de una visión privatista de la institución, que exclusivamente reconoce legitimación privada para solicitar su declaración.

Otros ordenamientos jurídicos han dotado a los órganos públicos, de una u otra manera, de la posibilidad de estimular la iniciación del proceso. V.gr., Legg. fall., que en su art. 6 reconoce que el fallimento puede ser declarado «su richiesta del pubblico ministero», concretando su art. 7 esta iniciativa: «Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile». En el mismo sentido, de próxima entrada en vigor, vid. arts. 22.2, 37.2 y 38 *Codice della crisi d'impresa*.

³⁰ En efecto, ejercitada la acción por un acreedor -también por cualquier otro legitimado [arts. 3, 568 y 695 a) TRLC]-, proveída la solicitud por el órgano jurisdiccional (arts. 10 y 14 TRLC), la conducta del concreto acreedor que estimuló la declaración de concurso deviene, generalmente, accesoria. Así se constata a la vista de dos circunstancias. De un lado, en tanto que de concurrir cualquiera de los hechos del art. 14.2.1º LC, la declaración de concurso es, por mandato legal, obligada para el juez (también de concurrir alguno de los hechos del art. 14.2.2º TRLC, en caso de allanamiento *ex art.* 19 TRLC o no comparecencia a la vista *ex art.* 22.2 TRLC); de otro, porque de concurrir oposición se prevén mecanismos para que, de no comparecer el solicitante a la vista o, de hacerlo, no se ratifique en su solicitud, el juez pueda, de entender que concurren los presupuestos para la declaración, dar traslado al resto de acreedores en orden a la formulación de alegaciones que a su derecho conviniesen (art. 22.3 TRLC). Es cierto que, de no formularse ninguna alegación, el juez, al igual que si entendiera que no concurre el presupuesto de la insolvencia, debe dictar auto teniendo al solicitante por desistido con

Tampoco nos parecen convincentes los esfuerzos doctrinales que buscan en distintos actos procesales del concurso el título ejecutivo al que acomodar la realidad de un hipotético proceso de ejecución. A este respecto, nos resultan en exceso artificiales las tesis que ubican en el auto de declaración de concurso (art. 28 TRLC)³², en la lista de acreedores³³, o en la sentencia de aprobación del convenio (art. 389 TRLC)³⁴, el título ejecutivo en el que fundar la existencia de un verdadero proceso de ejecución.

expresa imposición de costas -CALDERÓN CUADRADO, «Comentario al artículo 19», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, civitas, Madrid, 2004, pp. 440 a 442-. Ello engarza con las escasas facultades de impulso de oficio del juez relatadas en la nota al pie anterior, y que puede encontrar otro ejemplo en algunos supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud de declaración (vid. arts. 11 y 17 TRLC). Al respecto, CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», cit., p. 132, nota al pie 7.

³¹ A diferencia de lo que ocurre en la ejecución singular, donde la acción promovida por el acreedor depende solo de él y satisface a su solo interés privado (respecto a la quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra "Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd"*, Elzeviriana, Barcelona, 1953, p. 132).

³² De este modo lo entiende, en los supuestos de concurso necesario, CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales del concurso», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, Madrid, p. 581. No compartimos esta opinión. Ciertamente, es un *prius* necesario para ostentar la legitimación, en caso de que la solicitud de declaración de concurso la promoviera el acreedor, tener un derecho de crédito frente al deudor. Sin embargo, la pretensión del acreedor al solicitar la declaración de concurso no se dirige al reconocimiento de su derecho de crédito, sino a la constitución del concurso que se insta (y ello aun cuando la declaración de concurso puede comportar su reconocimiento automático a la vista de lo prescrito en el art. 280.7º TRLC). Siendo la pretensión constitutiva y demostrado que el auto es una resolución de esta naturaleza -y no declarativa de condena-, entendemos que es difícil concebir la existencia de ejecución propia.

En otro orden de ideas, adviértase en relación a lo apuntado *supra* (art. 2.4 TRLC), que los acreedores que procuran la declaración de concurso no siempre han reclamado judicialmente sus créditos. Aún más, siendo admitida la posibilidad de reconocimiento parcial automático del crédito ostentado por quien insta tal declaración (art. 280.7º TRLC), queda sin explicar qué ocurre con el resto de créditos que se dirimen en el proceso concursal -también del montante restante del crédito que es reconocido parcialmente-.

Conviene apuntar, sin embargo, que la jurisprudencia, en relación al antiguo concurso de acreedores, sostenía sin ambages que el auto de declaración de concurso se erigía en el título ejecutivo exigible en todo procedimiento de naturaleza ejecutiva -vid. Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), Sala 1ª, de 8 de febrero de 1988 (RAJ 766)-. También en la doctrina de la época encontramos autores que se pronunciaron en este sentido, vid. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra "Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd"*, cit., pp. 132 y 133.

³³ Los esfuerzos doctrinales dirigidos a esta equiparación pueden ya intuirse en CALAMANDREI, «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», cit., pp. 279 y ss.

Actualmente, a este debate contribuye el controvertido reconocimiento de la lista definitiva de acreedores como título ejecutivo equiparable a la sentencia de condena firme en los supuestos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa (art. 484 TRLC), si bien, de declararse nuevo concurso o su reapertura, el régimen jurídico aplicable a la lista definitiva de acreedores vuelve a ser el dispensado por el TRLC. Conviene, pues, preguntarse cuál es el tratamiento jurídico que recibe la lista de acreedores en sede concursal y su posible equiparación a un título ejecutivo.

Ad intra del proceso concursal, es indiscutible que la lista de acreedores -junto con el inventario- constituye el elemento esencial para la correcta satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional de los acreedores (cfr. HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores...», cit., p. 131 y «Comunicación de créditos», cit., p. 514). Lejos de ostentar la mera consideración de documento privado, la lista de acreedores se erige en el cimiento sobre el que opera la solución concursal, determinando la existencia y

naturaleza de los créditos que conforman la masa pasiva del concurso. De esta suerte, concluidos los trámites de impugnación (arts. 300 y 301 TRLC), y sin perjuicio de las posibles modificaciones que puedan operar hasta que recaiga resolución por la que se apruebe el convenio o se presente en el juzgado el informe final de liquidación o la comunicación de insuficiencia de la masa activa para atender los créditos contra la masa (art. 311 TRLC), la lista de acreedores se integra en los actos judiciales del proceso concursal y todos los sujetos del concurso, incluido el juez, operan sobre esa base (cfr. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «La discusión de derechos de crédito incluidos en el inventario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, p. 439). En este sentido, cabe reconocer que la lista definitiva de acreedores, en el propio concurso, presenta ciertas semejanzas con cualquier título ejecutivo de los contemplados en el art. 517.2 LEC.

Ahora bien, siguiendo a CARRERAS, cuando los deberes jurídicos constan en títulos ejecutivos la responsabilidad derivada de la infracción de tales deberes supone la inmediata sujeción del infractor a un específico obrar ajeno, materializado en la actividad del órgano jurisdiccional (vid. *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, pp. 67 y ss., especialmente, p. 77). A la luz de este razonamiento, la pretendida consideración de la lista definitiva de acreedores como título ejecutivo sufre dos significativas quiebras. La primera aparece ante el incumplimiento del deber y la urgente sujeción del patrimonio del deudor a la actividad jurisdiccional. Ciertamente, en el proceso concursal, el patrimonio del deudor concursado está, desde el auto de declaración de concurso, sometido a la actividad jurisdiccional del Juez del concurso. Este adelanto en la sujeción patrimonial nos podría llevar a reconocer la existencia de un título ejecutivo “complejo” formado por el auto declarativo de concurso y la posterior lista definitiva de acreedores. Invocaríamos, así, la idea construida antaño de concebir el referido auto como un título ejecutivo en blanco (GARRIGUES, «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», *Revista de Derecho Privado*, tomo XXIV, nº 281, 1940, p. 132), ulteriormente completado con el reconocimiento y relación de los créditos que consta en la lista de acreedores. Nos estamos refiriendo a la construcción formulada por KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, ed. Enke, Stuttgart, 1891, pp. 518 y 530 y seguida, entre otros, por LIEBMAN, «Il titolo esecutivo riguardo ai terzi», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1934, I, p. 140 [también parece postularse por esta posición STEIN (en *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts* -con JUNCKER-, 3ª ed., 1928, p. 420) habida cuenta de las palabras de PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ: «no es preciso siquiera acudir al expediente clásico de Stein de que la resolución de apertura del juicio concursal sea un *Blankett-Titel*, un título en blanco, de tal suerte que sólo después de examinados y calificados los créditos, van apareciendo los acreedores que realmente lo son, y muchas veces ello ocurre después de terminado el procedimiento» (en «Naturaleza jurídica del concurso y la quiebra», cit., p. 514)]. A partir de la tesis de KOHLER se han formulado distintas variantes de la misma como la formulada, entre otros, por ANDRIOLI, «La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento», *Foro Italiano*, 1934, IV, pp. 155 y ss. Para este autor italiano, el reconocimiento de los créditos no puede concebirse, a diferencia de lo que indicaba KOHLER, como título de ejecución. Su eficacia es distinta: de tal reconocimiento no cabe predicar la ejecución forzosa de los bienes del deudor hasta la completa satisfacción, aún más si atendemos a la entonces posible de discusión de los créditos concluida la quiebra (sobre la cuestión, vid. las consideraciones de CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., pp. 508 y 509, especialmente, nota al pie 71).

Esta tesis del título ejecutivo complejo sufre, sin embargo, severos envites. En primer lugar, la pretensión del acreedor al solicitar el concurso no se dirige, como ya apuntamos, al reconocimiento de su derecho de crédito, sino a la constitución del concurso que se insta -vid. las observaciones formuladas por CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», cit., p. 32)-. En segundo término, de solicitar el deudor la declaración de concurso, nos hallaríamos ante un proceso de ejecución iniciado por el propio deudor frente a sí mismo (vid. nota al pie 39). En tercer lugar, de ser los acreedores los que instan la declaración de concurso, nos encontraríamos con un proceso de ejecución en el que la tutela solicitada por determinado/s acreedor/es es dispensada no sólo frente a aquellos que lo requieren, sino también frente a terceros.

La segunda quiebra en torno a la idea de la lista de acreedores como título ejecutivo se centraría en la efectiva existencia de un deber jurídico generador de responsabilidad ante su inobservancia; esto es, si el reconocimiento de un crédito en la lista de acreedores hace exigible su íntegro cumplimiento. Frente a la referida exigibilidad, son varias las objeciones que se pueden formular. Nótese que la efectiva obligación de pago del deudor en el seno del concurso atiende a dos parámetros esenciales: en un inicio, ciertamente, se toma en consideración lo reconocido en la lista de acreedores; pero, posteriormente, es la ordenación en el pago que precisa el TRLC la que determina el efectivo montante a satisfacer. Así pues, no sería preciso afirmar que la lista de acreedores contiene concretos deberes jurídicos de cuyo incumplimiento deriva responsabilidad. Fundamentalmente por una razón: de alcanzarse la solución convenida, lo dispuesto en la lista de acreedores decae con plena eficacia de lo contemplado en el

Un segundo elemento a tener en cuenta entronca con el presupuesto objetivo de la declaración de concurso: la insolvencia del deudor (art. 2.1 TRLC). En efecto, el incumplimiento de obligación por parte de este sujeto³⁵ no se erige en presupuesto de apertura del proceso concursal, aunque lo pueda contener, ni en situaciones de insolvencia actual (art. 2.2 TRLC) ni, más destacadamente, en situaciones de insolvencia inminente (art. 2.2 *in fine* TRLC).

El denominado «estado de insolvencia» (art. 2.2 TRLC), necesario para entender concurrente este presupuesto, queda circunscrito en el vigente TRLC a aquel deudor que no pueda cumplir, o que prevea que no puede cumplir, regularmente sus obligaciones exigibles³⁶. Esto es, no queda reducida la insolvencia al incumplimiento de obligaciones, sino que constituye un concepto más amplio en el que es preciso determinar si el deudor está en condiciones de afrontar de manera normal y regular el cumplimiento de aquellas atendiendo a su situación -de liquidez- patrimonial³⁷.

convenio. En otros términos, la lista de acreedores se erige en el documento director sobre el que se despliega la posterior encomienda ejecutiva, pero exclusivamente cuando la solución por la que se opta es liquidativa. Lo que nos lleva a reconocer a la lista de acreedores, en el seno del concurso, una función y naturaleza más propiamente constitutiva e informadora que ejecutiva -en este sentido, también GARRIDO, «Comentario al artículo 94», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1684-.

³⁴ En contra de esta posibilidad, NIEVA FENOLL, en tanto se trataría de un proceso de ejecución iniciado previo acuerdo de los acreedores, o de acreedores y deudor. A este respecto, señala «Podrían hallarse concomitancias con los títulos ejecutivos extrajudiciales, algunos de los cuales también vienen precedidos de un acuerdo, como claramente sucede con las pólizas de préstamo, aunque no tan claramente con las escrituras de reconocimiento de deuda. Pero falta en todo caso una cognición de naturaleza declarativa por parte del juez en el proceso concursal, entrando en el fondo del asunto, y que desde luego sí puede existir en la ejecución de títulos extrajudiciales» (en «Estudio introductorio», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, p. 26). Asimismo, nótese que la sentencia de aprobación del convenio deviene ineficaz, con desaparición de todos sus efectos, en el momento en el que se declare judicialmente el incumplimiento del convenio (arts. 403 y 404 TRLC); realidad esta que tiene difícil encaje con la idea de título ejecutivo.

³⁵ En este argumento encontraba NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, cit., pp. 26 y ss., el principal escollo para entender que el fallimento italiano constituyera un auténtico proceso ejecutivo, si bien, como indicamos más adelante, no decayó en esta categorización creando lo que denominó “*esecuzione spontanea*”.

³⁶ Siguiendo a BELTRÁN SÁNCHEZ, la definición legal de insolvencia obliga a diferenciar tres posibles escenarios. En el primero, el más frecuente, la insolvencia deviene consecuencia de una insuficiencia patrimonial, es decir, cuando el activo es inferior al pasivo. En el segundo, encontramos deudores que contando con una situación de superávit patrimonial carecen de la posibilidad de obtener liquidez en un plazo razonable. En estos casos, aunque el deudor pueda conseguir aquella liquidez mediante la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes, no es solvente. Y, por último, hallamos otros escenarios en los que contando el deudor con superávit patrimonial y con la posibilidad de obtener liquidez a corto plazo, esta no puede obtenerse por medios que puedan ser considerados regulares, a saber, cuando el deudor no puede afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes y regulares (en «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, pp. 44 y 48).

³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 48. Como ha señalado BELTRÁN: «Se trata, más bien, de atender a la función del concurso de acreedores y permitir al deudor acudir a ese procedimiento para reorganizar el activo y el

Asimismo, en tercer lugar, el referido estado de insolvencia justifica una distinta ordenación procedimental, pues mientras el proceso de ejecución singular se articula en la idea, al menos inicial, de incumplimiento individual del deber³⁸, el proceso concursal se justifica ante la imposibilidad de cumplimiento regular y ordenado de una pluralidad subjetiva de obligaciones.

Otros argumentos, aunque no definitivos, que evidencian el necesario deslinde entre proceso de ejecución y proceso concursal se concretan en la posibilidad de que el propio deudor pueda instar el proceso concursal (arts. 3, 6 y 29.1 TRLC)³⁹ o, incluso,

pasivo, sin obligarle, extraconcursalmente, a una liquidación del patrimonio o a un pacto con el acreedor que permita satisfacer esa obligación» (p. 49). Atendida la dicción literal del art. 2.3 TRLC, esta idea se atempera de manera notable en los supuestos de insolvencia actual. Nótese que en esta clase de insolvencia el legislador precisa exigibilidad; es decir, en tanto no devenga exigible, al menos, una obligación, el deudor no se halla en tal estado de insolvencia. La descripción anterior, constituyendo la regla general, no es completa, pues si el deudor cumple -o puede cumplir- la obligación exigible pero por medios irregulares -v.gr., con la liquidación ruinosa o apresurada de sus bienes- se considera que el deudor es insolvente. De la misma opinión, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Comentario al artículo 2», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 171 y 172.

³⁸ Y, aunque sea una afirmación de muy necesaria matización, siguiendo a CARRERAS LLANSANA, en el proceso de ejecución, al menos inicialmente, la actuación del órgano jurisdiccional surge ante el incumplimiento voluntario del deber (vid. *El embargo de bienes*, cit., *passim*). Cuestión distinta es que tras su rogación por el acreedor y desarrollada la actividad jurisdiccional ejecutiva no se encuentren bienes libres bastantes para satisfacer la responsabilidad contraída. En tales casos, de concurrir una pluralidad de acreedores, el infructuoso intento de embargo constituye título habilitante para instar el proceso concursal (art. 2.4.2º TRLC), lo que *a sensu contrario* determina que, en caso de suficiencia patrimonial y liquidez regular, el cauce procesal natural sea el proceso de ejecución. Idéntica conclusión se alcanza del resto de hechos que constituyen presupuestos objetivos del concurso de acreedores (art. 2.4 TRLC). También la LEC (art. 568) tiene en cuenta esta realidad al establecer la imposibilidad del juez de dictar auto autorizando o despachando ejecución cuando tenga constancia de que el deudor se halla en situación de concurso o de que se ha efectuado la comunicación a que se refieren los arts. 583 y ss. TRLC.

³⁹ Bajo el régimen de quiebra anterior, tanto en la doctrina española como foránea, en el que imperaba la tesis de la declaración de la quiebra como acto ejecutivo, difícil explicación encontraba el supuesto en el que el propio deudor solicitaba la quiebra (dificultad ya advertida, respecto a la quiebra, por CARRERAS LLANSANA, «La declaración de la quiebra», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, p. 65). Sobre la cuestión, vid. las complejas -y, a veces, incoherentes- construcciones ofrecidas para explicar el caso, entre otros, por PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, «Naturaleza jurídica del concurso y la quiebra», cit., pp. 509 y ss.; SATTI, *Instituciones del Derecho de quiebra* (trad. FONTANARROSA), Buenos Aires, 1951, pp. 63 y 64; PAJARDI, *La sentenza di fallimento. Natura giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 101 y ss.; FERRARA, *Il fallimento*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1966, pp. 214 y ss.; e, incluso, con carácter previo a todos ellos, por CARNELUTTI, «Carattere della sentenza di fallimento», cit., 169 y ss.

El fenómeno descrito no es, sin embargo, totalmente extraño al proceso de ejecución. Como ha señalado CASTILLO FELIPE, podemos encontrar algún peculiar supuesto en el que quien interpone demanda ejecutiva es el condenado en la sentencia que ha puesto fin al proceso declarativo. Así ocurre, por ejemplo, cuando el título ejecutivo condena al demandado a la realización de una prestación que requiere el concurso de la voluntad del acreedor para poder ser llevada a cabo -v.gr., condena a elevar determinado contrato a escritura pública o a celebrarlo (art. 708 LEC) o condena a prestación de hacer que debe ser realizada en la morada del acreedor (art. 706 LEC)-; o cuando del título ejecutivo se derivan obligaciones recíprocas para ambos litigantes del proceso declarativo -v.gr., entrega de la cosa para un litigante y pago del precio para otro- (cfr. *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia, 2016, pp. 353 y ss.).

que sea él quien proponga una solución convenida con carácter previo al inicio de la liquidación⁴⁰.

Finalmente, conviene subrayar lo innecesario de que exista actividad ejecutiva típica para que se desarrolle el proceso concursal. La deseable preferencia del legislador para que el proceso concursal culmine con un convenio entre acreedores y deudor (apartado VI de la EM de la LC), es buena prueba de que, aunque infrecuente en la práctica, el concurso no precisa de actividad de ejecución⁴¹ propia⁴².

De esta suerte, aunque proceso de ejecución y proceso concursal pivoten sobre un común denominador -tutela del crédito, responsabilidad patrimonial del deudor y restablecimiento del orden legal-, no comparten igual método. Frente al proceso de ejecución, en el que el órgano jurisdiccional sustituye la conducta debida por el deudor para garantizar que la perturbación experimentada en el orden jurídico desaparezca de modo efectivo⁴³, el proceso concursal lleva consigo una actividad jurisdiccional más

⁴⁰ Los paralelismos que se pueden trazar entre el convenio de realización previsto en el art. 640 LEC y el convenio concursal son evidentes; fundamentalmente, se trata de negocios jurídicos “sui generis” que, asemejándose a los de naturaleza contractual, adquieren un marcado carácter público por la intervención del personal al servicio de la Administración de Justicia -letrado de la administración de justicia y juez, respectivamente- [identifica ambos de manera plena, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 34 y nota al pie 4]. Sin embargo, encontramos algunas diferencias. En lo que aquí interesa destacamos tres. En primer lugar, el contenido. En las propuestas de convenio concursal, aun cuando pueden gozar de un objeto muy amplio, se establecen ciertas limitaciones (vid. arts. 317.2, 318 y 329 TRLC) que podrán provocar la inadmisión a trámite de la propuesta por el juez (art. 344.2 TRLC) o la oposición a la aprobación del convenio (art. 383.1 TRLC). No sucede lo mismo en el convenio de realización, donde el letrado de la administración de justicia solo tienen en cuenta para la aprobación del convenio, de un lado, la existencia de acuerdo entre ejecutante y ejecutado y, de otro, que no concurra causa en perjuicio de terceros (art. 640.3 LEC). Esta nota evidencia que, aun cuando en ambos convenios rige la autonomía de la voluntad, en el primero está más limitada. Ello es reflejo de la preocupación del Estado por garantizar que el contenido cumpla con ciertos mínimos. En segundo lugar, su eficacia temporal. Mientras el convenio concursal es previo a la resolución que inicia la actividad liquidatoria (auto de apertura de la liquidación) -y, por tanto, al inicio de actividad de ejecución en sentido estricto-, el convenio de realización previsto en la LEC se podrá instar tras la práctica del embargo y hasta el momento mismo de la subasta, es decir, estando pendiente la ejecución («sin suspensión de la ejecución» reza el art. 640.2 LEC). Por último, en tercer lugar, no debemos obviar que mientras que en el convenio concursal el control es atribuido al juez, en el convenio *ex art. 640 LEC* es el letrado de la administración de justicia quien asume tal cometido. Sobre el convenio de realización previsto en la LEC, vid. CORDÓN MORENO, *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 317 y ss.

⁴¹ En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. Ejecución...*, cit., p. 29.

⁴² No es cuestión baladí determinar si la ejecución, para ser tal, debe ser forzosa. Sobre la misma, vid. NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, cit., pp. 27 y ss. Este autor, como ya advertimos, consciente de la posibilidad de que el deudor instara su propio *fallimento*, no decayó en el intento de concebir este proceso como un proceso ejecutivo creando, junto a la actividad propia de este (la ejecución forzosa), una nueva categoría denominada “*esecuzione spontanea*”. Con apoyo en esta y atendiendo a la función racionalizadora del *fallimento*, el deudor podía instar su apertura para hacer posible el cumplimiento regular de sus obligaciones.

⁴³ Cfr. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 18. La omisión de la conducta debida, cuando esta consiste en un hacer, lleva consigo el incumplimiento del deber e infracción de la

variada y compleja, orientada a la ordenación del patrimonio concursal buscando la solución más conveniente -convenio o liquidación- para los intereses en juego y saneando el mercado con la expulsión, en su caso, de la empresa deudora⁴⁴.

Con ello no estamos afirmando que el proceso concursal no pueda participar de actividad ejecutiva. Proporcionando el proceso concursal una tutela jurisdiccional variada, con pronunciamientos de diverso signo, es claro que responde, por el propósito al que se dirige, a una actividad última reparadora, de carácter ejecutivo en un elevado porcentaje de ocasiones⁴⁵. Esto es, el proceso concursal puede participar de actividad ejecutiva, incluso en determinadas hipótesis en las que se aprueba y concluye con el cumplimiento íntegro de un convenio (arts. 317, 323 y 465.3º TRLC), pero es extraño, en todo caso, a los moldes de la ejecución forzosa (arts. 517 y ss. LEC)⁴⁶.

norma o mandato, engendrando en el obligado la llamada responsabilidad y la actuación del titular del órgano jurisdiccional (vid. *ibidem*, pp. 14 y ss.). Esta lógica no es plenamente extrapolable al concurso de acreedores en tanto que la actuación del órgano jurisdiccional no nace ante el incumplimiento voluntario de una obligación sino ante la concurrencia de una efectiva situación de insolvencia actual o inminente. Ahora bien, el proceso concursal solo existe en tanto haya, o al menos se prevea, omisión de la conducta debida por parte del deudor. Esto es, solo queda justificada la existencia del proceso concursal en tanto sea posible actuar la responsabilidad patrimonial universal de una persona, física o jurídica, deudora.

⁴⁴ Como se verá más adelante, el restablecimiento del orden jurídico en el proceso concursal no solo se dirige a repartir de manera ordenada el patrimonio entre los acreedores de un deudor común, sino que también procura la expulsión del mercado de la empresa que no resiste el convenio como forma de solución en el concurso.

En este sentido, conviene poner de relieve que la idea de restauración a la situación anterior al incumplimiento que se alcanza, generalmente, en el proceso de ejecución, resulta sino imposible, más complicada, en el proceso concursal. En efecto, podríamos pensar en un concurso que finalice con el cumplimiento de un convenio sin quitas, pero siendo realistas, de existir, se trataría de un supuesto insólito. Respecto a la quiebra, como indicara GARCÍA VILLAVERDE: «en la construcción del sistema concursal predomina la idea de reparto del déficit patrimonial del deudor entre los acreedores» (en «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», en AAVV, *Derecho Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, p. 290). En igual sentido, en relación al vigente concurso de acreedores, BELTRÁN SÁNCHEZ, «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones...», *cit.*, *passim*.

⁴⁵ Sobre dicha base teleológica se apoya parte de la doctrina para preconizar, en el modelo concursal instaurado en 2003, la existencia de un auténtico proceso de ejecución, si bien “extraordinario”. En este sentido, ARAGONESES ALONSO y GUASP DELGADO, «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 330 a 333; y GONZÁLEZ MONTES, «Acumulación en el concurso: acciones declarativas y ejecutivas», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 260.

⁴⁶ Más contundente CORDÓN MORENO, para quien que la Ley prime el convenio sobre la liquidación, no obsta a la naturaleza ejecutiva de la institución, aun cuando, como es obvio, esta resalte más cuando la solución alcanzada sea la liquidatoria («Los aspectos procesales del concurso», *cit.*, p. 579).

Como veremos, en el proceso concursal concurren otros fundamentos y características que lo dotan de su especial fisonomía y que impiden que, con los parámetros de la ejecución común, agote toda su significación⁴⁷.

2.3. La pluralidad de acreedores como discutido presupuesto del concurso

La situación de insolvencia y la concurrencia de una pluralidad de acreedores justifican la existencia de un proceso como el concursal.

Ahora bien, en rigor, sólo la situación de insolvencia, entendida como la imposibilidad del deudor de cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, constituye *ex lege* un presupuesto para la apertura del proceso concursal (arts. 2.1, 2 y 3, 10.2 y 20 TRLC).

La concurrencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto para la constitución de la situación jurídica de concurso ha sido, hasta el vigente TRLC, una cuestión discutida. Al menos en la doctrina española, no fue un presupuesto unánimemente admitido⁴⁸.

⁴⁷ Ya advertía tempranamente que la clásica denominación de ejecución universal no agotaba todo el carácter de la quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra "Barcelona Traction Light and Power Cº Ltd"*, cit., p. 120.

⁴⁸ En España, la exigencia de una pluralidad de acreedores como presupuesto para la declaración de concurso ha sido históricamente una cuestión discutida, pero generalmente admitida. Así, ya respecto al régimen del Código de Comercio de 1829, se postulaban a favor de dicha concurrencia GÓMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCÍA, *Código de comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado*, 6ª ed., Madrid, 1875, p. 397, en nota al pie; en contra, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Imprenta C. González, Madrid, 1856, pp. 19 y ss., en nota al pie. En la legislación posterior, previa a la actual, también era mayoritaria la postura de aquellos que sostenían que sin pluralidad lo adecuado era acudir a un proceso de ejecución singular. En este sentido, entre otros, RAMÍREZ, *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 614 a 619 y 658-659 (y en su 2ª ed., tomo I, 1998, pp. 582 a 588 y 629-630); GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Cº Ltd."*, Imprenta Elzeviriana, Barcelona, 1952, pp. 76 y ss.; CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 186-187; o CARRERAS LLANSANA, «La declaración de la quiebra», cit., pp. 70 y 71, para quien constituye un auténtico fraude procesal que la quiebra pueda ser declarada cuando concurre un único acreedor. En contra, PÉREZ GORDO, «Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, p. 882. También la jurisprudencia, respecto de la quiebra, sostenía el criterio favorable a la referida concurrencia: STS (Sala 1ª) de 9 de enero de 1984 (RJ 1984, 342); Auto de la Audiencia Provincial (en adelante, AAP) de Madrid (Sección 14ª) de 19 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1674); Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de octubre de 1995 (AC 1995, 2123); SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 25 de octubre de 1995 (AC 1995, 1880); AAP de Badajoz (Sección 1ª) de 15 de noviembre de 1995 (AC de 1995, 2238); AAP de Sevilla (Sección 6ª) de 26 de enero de 1996 (AC 1996, 179); AAP Badajoz (Sección 1ª) de 18 de marzo de 1997 (AC 1997, 798); SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 11 de abril de 1997 (AC 1997, 708); SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 22 de septiembre de 1998 (AC 1998, 8037); SAP de Asturias (Sección 5ª) de 17 de febrero de 1999 (AC 1999, 342); SAP de Castellón (Sección 2ª) de 5 de febrero de 2000 (AC 2000, 2952); SAP de Alicante (Sección 5ª) de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001, 150693); AAP de Valencia (Sección 11ª) de 24 de febrero de 2003 (JUR 2003, 157596).

Los partidarios de esta controvertida idea formularon argumentos que abogaban por demostrar que, pese a su generalizada denominación⁴⁹, el proceso concursal es un

Ya bajo la LC de 2003, la mayoría de la doctrina se mostraba partidaria de entender que la referida concurrencia era inexcusable y su predicamento, aunque no aparecía expresamente reconocido en la Ley, cabía deducirlo de varios preceptos de la LC (en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 2», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 39 y 40; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «Comentario al artículo 7», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 57 y 58; OLIVENCIA RUIZ, *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006, pp. 193 y ss. y «La declaración de concurso», en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, 59, Madrid, 2004, pp. 42 y 43; VELA TORRES, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007-2, pp. 221 y ss.; CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, cit., pp. 80-81; MALAGÓN RUIZ, «Admisión del concurso», *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia. Dada por especialistas* (Dir. MARTÍN MOLINA; Coord. DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 48 y ss.; DÍAZ MARTÍNEZ, *El proceso concursal*, 6ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, pp. 89 y 90; y MAGDALENO CARMONA y BENEYTO, *Aspectos procesales de la práctica concursal: instituciones preconcursales, jurisdicción y competencia, el proceso laboral, calificación y responsabilidad concursal*, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 109 y 110. Sin embargo, encontramos voces que han sostenido otro parecer. Entre otros, vid. SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009-2, pp. 331 y ss. y, fundamentalmente, RODRÍGUEZ DE QUIÑORES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES (dirs.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 2283 y ss.

En aplicación de la LC de 2003, la jurisprudencia se mostró unánime al reconocer la necesaria pluralidad de acreedores; entre otras: Auto del Juzgado de lo Mercantil (en adelante, AJM) nº 1 de Bilbao de 3 de diciembre de 2004 (AC 2005, 58); AJM nº 1 de Bilbao de 11 de mayo de 2005 (AC 2005, 940); AJM nº 5 de Madrid de 10 de octubre de 2005 (JUR 2005, 279376); AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 de abril de 2006 (AC 2006/902); AAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 5 de mayo de 2006 (AC 2007, 352); AAP Baleares (Sección 5ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008, 323610); AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 175890); AAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 150924); AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 7 de enero de 2010 (JUR 2010, 101507); AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 4 de mayo de 2011 (JUR 2011, 259640).

De manera un tanto equívoca se ha pronunciado, en cambio, la DGRN. Contrariando su inicial parecer, sostenido en resolución de 29 de abril de 2011 -Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) nº 122, de 23 de mayo de 2011, pp. 51263 a 51271-, la DGRN dictó las resoluciones de 2 de julio de 2012 -BOE nº 225, de 18 de septiembre de 2012, pp. 65513 a 65523- y de 4 de octubre de 2012 -BOE nº 264, de 2 de noviembre de 2012, pp. 77304 a 77312- en las que abogaba porque la pluralidad de acreedores no constituyera presupuesto del concurso (comentarios críticos a sendas resoluciones pueden encontrarse en GONZÁLEZ NAVARRO, «La pluralidad de acreedores en el concurso, según la DGRN», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2013, pp. 99 y ss.; y MALAGÓN RUIZ, «Admisión del concurso», cit., pp. 50 y ss.). En un último cambio de tendencia, la DGRN pronunció las resoluciones de 1 de agosto de 2016 y de 22 de agosto de 2016 (publicadas ambas en el BOE nº 230, de 23 de septiembre de 2016, pp. 68375 a 68382 y 68432 a 68439, respectivamente), en las que corrige su anterior posición y se alinea con la postura sostenida por jurisprudencia y doctrina mayoritaria.

⁴⁹ Sobre las razones históricas determinantes de la sinonimia entre proceso de insolvencia y concurso de acreedores, vid. SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», cit., pp. 330 y 331: «En la doctrina especializada, sea cual sea su origen y nacionalidad, es habitual calificar el proceso de quiebra y otros procedimientos aplicables a situaciones de insolvencia como “concurso”. Fue, aparentemente, en Alemania donde todo comenzó: la palabra “concurso” (“Konkurs”) adquirió el significado de “quiebra” por influencia de Francisco Salgado de Somoza, autor español del siglo XVII, y de su obra sobre la quiebra, el *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*, fechada en 1651. Todo el proceso giraba en torno al *debitor communis* –o deudor común (*gemeinsamer Schuldner*) o quebrado (*Gemeinschuldner*) del derecho actual. La expresión “*Konkurs der Gläubiger*” (“concurso de acreedores”) cae, en consecuencia, en desuso, pasando a hablarse de “*Konkurs des Schuldners*” (“insolvencia -sic- del deudor”). El resto es fácil de adivinar: la sinonimia se difunde, adaptándose por los idiomas de varios países. Más tarde, irían surgiendo nuevos procesos aplicables a la insolvencia a los que, por inercia, se extendería la designación

proceso que pivota sobre la insolvencia del deudor, al margen de la existencia de más de un acreedor. Al respecto se arguye, en esencia, que el proceso concursal -o el, para ellos, mejor denominado proceso de insolvencia⁵⁰-, de un lado, salvaguarda mejor al acreedor contra los actos que le son perjudiciales y, de otro, resulta más eficaz para sancionar al deudor o a quien quiera que haya contribuido de manera culpable a la situación de concurso⁵¹.

En este sentido, es cierto que el proceso concursal facilita de manera excepcional el ejercicio de las acciones rescisorias para la reintegración del activo concursal (arts. 226 a 238 TRLC)⁵², sobre todo habida cuenta de los rígidos presupuestos que se estipulan para el ejercicio de las acciones paulianas y rescisorias comunes (arts. 1111 y 1290 y ss. CC). También es indiscutible que el proceso concursal favorece la depuración de responsabilidades en los supuestos en los que procede la apertura de la fase de calificación (art. 446 TRLC); así se corrobora con la lectura de los arts. 441 y ss. y, especialmente, del art. 455 TRLC. Y en fin, junto a la destacada posibilidad de alcanzar acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de pagos, se podrían aducir otros motivos y ventajas que, en opinión de aquella doctrina, hacen aconsejable el reconocimiento del proceso concursal sin pluralidad de acreedores⁵³.

de “concursal” y lo cierto es que la situación se mantiene hasta nuestros días». Sobre la cuestión, vid. también el párrafo quinto del apartado II de la EM de la LC.

⁵⁰ *Ibidem, passim.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 336.

⁵² Cfr. RODRÍGUEZ DE QUIÑORES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», cit., p. 2289.

⁵³ Entre otros motivos se afirmaba, en primer término, que de la lectura conjunta de los artículos 2.4 y 5 LC (de igual numeración en el TRLC) cabe deducir que, despachada ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes, el deudor tiene obligación de solicitar la declaración de concurso. Aún más, se afirma: «quienes exigen como presupuesto del concurso una pluralidad de acreedores remiten al único acreedor a una vía que ya ha intentado sin éxito por lo que recurre al concurso, que se le cierra, a pesar de la terminante indicación legal, argumentando que la vía fracasada es más eficaz, rápida, simple y barata. Resulta un verdadero sarcasmo, que pone de manifiesto la intensa debilidad del argumento, y, lo que es más grave, puede generar supuestos de verdadera indefensión y de negación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)» (*ibidem*, p. 2289). En segundo lugar, se advertía que la pluralidad de acreedores no era una condición para su tramitación por cuanto dicha concurrencia no aparece entre los motivos de conclusión del proceso -antiguo art. 176 LC; *a sensu contrario*, cfr. art. 465.2º TRLC- (en este sentido, respecto a la LC, VELA TORRES, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», cit., p. 228; SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», cit., p. 338; RODRÍGUEZ DE QUIÑORES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», cit., pp. 2293 y 2294). En esta dirección, se destacaba la controvertida justificación que tendría para el acreedor concurrente -y la actividad ya desarrollada- la conclusión del concurso tras el trámite de verificación de créditos -momento en el que se constata, en su caso, la existencia de tal pluralidad-. En tercer lugar, se aducía que no permitir la apertura del proceso concursal cuando concurre un único acreedor equivaldría a premiar al deudor que tuviese concentradas todas sus deudas en aquel, en perjuicio de este, y constituiría un estímulo para que dicha práctica se generalizara (SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», cit., p. 339). Por

Sin embargo, frente a la tesis expuesta, desde un punto de vista teleológico, podemos esgrimir distintas objeciones. En realidad, como punto de partida, es difícil concebir un proceso concursal sin la efectiva existencia de una pluralidad de acreedores a los que satisfacer sus créditos. Y es comprometido reconocer un concurso sin la concomitancia de una “solidaridad económica”⁵⁴, por cuanto es en ella donde se ubica su razón de ser.

En este sentido, nos parece indiscutible que la articulación del proceso concursal y la distinta tutela jurisdiccional que proporciona descansan forzosamente en la universalidad tanto crediticia como patrimonial del deudor insolvente. Las razones de esta afirmación son fundadas.

Es evidente que las normas previstas para la ejecución singular no encuentran fácil acomodo ni ofrecen adecuada respuesta en un escenario de insolvencia con pluralidad de acreedores. Es precisamente entonces cuando el proceso concursal se torna necesario para ofrecer una solución distinta y justa.

La tutela jurisdiccional dispensada en el proceso concursal se asienta sobre una idea de justicia -distributiva o de comunidad de pérdidas- distinta a la imperante en el régimen jurídico común -justicia conmutativa-. Los instrumentos procesales ordinarios -en particular, la ejecución singular-, de ser aplicados, conducirán al indudable éxito de concretos intereses individuales, pero al incontestable fracaso de la colectividad⁵⁵. Y en

último, se atiende al fundamento público del concurso de acreedores para destacar que el proceso concursal persigue, fundamentalmente, la protección de la economía -y de los agentes económicos- frente al fenómeno de la insolvencia. Sólo y en la medida en que pretende esta finalidad -aducen- cabe considerar la tutela de intereses privados -de acreedores y deudor- (ibídem, p. 340).

Junto a los argumentos expuestos, se esgrimen ventajas que puede encontrar el acreedor en el proceso concursal. Entre otras, se argumenta la posibilidad de reabrir el concurso ante la aparición de nuevos bienes o derechos, el ejercicio de acciones de reintegración o la evidencia de nuevos hechos que permitieran la calificación del concurso -previamente concluido- como culpable, o la interrupción de la prescripción de las acciones individuales durante todo el tiempo que dure el concurso -antiguo art. 60 LC; vigente art. 155 TRLC- (vid., RODRÍGUEZ DE QUIÑORES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», cit., pp. 2289-2290).

⁵⁴ Con cita de SATTA, vid. PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, 7ª ed., Giuffrè, 2008, pp. 9-10 y nota al pie 12.

⁵⁵ Como señalara BISBAL MÉNDEZ, aplicando la teoría de los juegos, el dilema descrito «ha sido utilizado para ilustrar aquellos problemas en los que la búsqueda de la mejor solución individual, comporta la aparición de una situación colectiva no óptima. La conclusión práctica de estos dilemas sociales es que el Estado ha de incentivar la solución óptima (...), y corregir la percepción individual del problema. Si el Estado fracasa en este intento, los particulares, arrojados a una carrera de maximizar el beneficio individual, se hallarán en una situación no deseada por ninguno». Con apoyo en este incentivo, el Estado articula un procedimiento colectivo sobre el patrimonio del deudor, con el fin de reducir los costes sociales que comportaría una declaración de concurso que no procurara alcanzar una solución colectiva óptima -en *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y*

este contexto, ante tales circunstancias, se justifica la creación por el Estado de un proceso como el concursal⁵⁶.

Es controvertido, pues, afirmar que sin pluralidad de acreedores -y, por tanto, sin oportunidad de realizar aquella justicia distributiva- el proceso concursal sigue siendo un instrumento útil y preceptivo ante situaciones de insolvencia.

Aducir la especial tutela que otorga el proceso concursal para justificar su pervivencia, aun con la exclusiva concurrencia de un solo acreedor, nos parece un argumento insuficiente. En efecto, siendo cierto que el proceso concursal procura una singular tutela de los acreedores, los instrumentos que articula para dispensar aquella responden a la excepcional situación del binomio insuficiencia patrimonial-pluralidad de acreedores. Sólo en lo anómalo de esta situación se justifica la creación de un remedio extraordinario, como es el concurso de acreedores, que compromete las reglas comunes del sistema jurídico.

El TRLC pone fin al debate; de manera perspicaz introduce la pluralidad de acreedores como presupuesto para la prosecución del concurso declarado sobre la situación de insolvencia: «la conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones procederá (...) cuando de la lista definitiva de acreedores resulte la existencia de un único acreedor» (art. 465.2º TRLC).

Este criterio es secundado por varias evidencias normativas que ya podíamos localizar en la derogada LC, en el CC y en la LEC, así como sobre la base de otros argumentos cuya exposición interesa. Desde una perspectiva holística, su tratamiento conjunto nos permite desvelar que, en nuestro ordenamiento jurídico, solo halla justificación el proceso concursal cuando confluye una pluralidad de acreedores.

Respecto a la norma concursal, como ya advertíamos, es cierto que no localizamos un reconocimiento expreso de la pluralidad de acreedores como

jurídica a los procedimientos de conservación de empresas), Real Colegio de España, Bologna, pp. 60 y 61-.

⁵⁶ Si las crisis económicas comprendieran solo el enfrentamiento de un acreedor frente a un deudor, correspondería al acreedor escoger entre liquidar el patrimonio y obtener un porcentaje de lo adeudado o esperar a que el deudor se recuperase económicamente para cobrar posteriormente la totalidad. El acreedor resolvería esta disyuntiva atendiendo al incremento de valor esperado del patrimonio del deudor no liquidado, habida cuenta del coste que para este supondría tal dilación. Como es lógico, ante una pluralidad de acreedores, la situación descrita queda desdibujada entrando en juego otros factores que escapan al control de los acreedores y cuya tutela justifica la instauración por el Estado de un proceso como el concursal (cfr. *ibídem*, pp. 59 y 60).

presupuesto del concurso⁵⁷, pero sí podemos identificar numerosas referencias que presuponen su concurrencia. Entre otras, las contenidas en los arts. 2, 3, 4, 7.3º, 22.3, 28.1.5º, 293.1.2º TRLC, las previstas para la proposición y consecución de un convenio (arts. 333 y ss. y 351 y ss. TRLC) o las comprendidas para el pago de créditos (arts. 429 y ss. TRLC).

La compleja estructura del concurso también patrocina este parecer. Resulta harto artificioso concebir el proceso concursal para alcanzar un convenio con un único acreedor, sobre todo habida cuenta de que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, dicho acuerdo se podría lograr sin necesidad de acudir al instituto concursal -e, incluso, en vía ejecutiva singular (art. 640 LEC)-.

Asimismo, debe ser puesta en entredicho la necesidad del proceso concursal, de existir un solo acreedor, a la hora de depurar responsabilidades. Es innegable, como exponíamos *supra*, que la declaración de concurso facilita esta labor. Ahora bien, no es necesario instar este proceso para dispensar una adecuada tutela: sea en el ámbito civil, con el ejercicio de las acciones pauliana (art. 1111 CC) o rescisorias “ordinarias” (arts. 1290 y ss. CC), sea en el ámbito penal, con el ejercicio de las acciones dirigidas a evitar la frustración de la ejecución (arts. 257 y ss. CP)⁵⁸, encontramos cauces que proporcionan oportuna solución, sin promover los drásticos efectos que se prevén con la declaración de concurso.

Tampoco parecen justificados los argumentos que descansan en el interés del Estado en expulsar del mercado aquellas empresas que no son viables económicamente. Es cierto que el concurso cumple una importante función correctora⁵⁹. Sin embargo,

⁵⁷ El TRLC se aleja así de la solución más radical ofrecida por otros textos prelegislativos que reconocían la pluralidad de acreedores como presupuesto para la apertura y continuación del concurso. En este sentido, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 del Instituto de Estudios Políticos (art. 4), y la propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el TRLC -redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación nombrada por Orden de 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril siguiente- (art. 2.2). Este último precepto rezaba: «La solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor deberá fundarse en que se encuentra en estado de insolvencia y que tiene una pluralidad de acreedores».

En cambio, no contempló nada al respecto ni el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 ni la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

⁵⁸ En este sentido, VELA TORRES, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», cit., pp. 226-227 y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «El otro presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, pp. 368-369.

⁵⁹ No debemos olvidar que, como expusiera BISBAL MÉNDEZ respecto a la quiebra, el proceso concursal se erige en un mecanismo necesario para la salida del mercado de aquellas empresas que, habiendo entrado de manera libre (art. 38 CE), no logran producir a costes competitivos. Esto es, los procesos de insolvencia constituyen una herramienta indispensable para garantizar la expulsión de

este cometido no justifica la prosecución del concurso cuando concurre un único acreedor. La razón es obvia: iguales efectos se derivan para la empresa en el mercado cuando su único acreedor inicia una ejecución forzosa frente a la misma y esta no culmina con la plena satisfacción de su crédito -o sus créditos-⁶⁰.

Por último, razones de sentido común aconsejan imponer aquella concurrencia. De un lado, por los gastos anejos a la declaración de concurso (v.gr., de partida, los gastos de publicidad de declaración del concurso y los honorarios de la administración concursal)⁶¹. De otro, por cuanto si toda ejecución singular infructuosa desembocara en concurso se abocaría a un colapso generalizado de los juzgados, destacadamente en supuestos de persona física no empresario donde el fenómeno se reputa más frecuente⁶².

Ahondan en esta idea otros razonamientos con apoyo tanto en el CC como en la LEC. En el primer texto legal, hallamos previsiones que, de seguir aquel parecer, no encuentran adecuada justificación. Así ocurre, por ejemplo, con los arts. 1291 a 1299 CC, relativos a las ya referidas acciones rescisorias ordinarias. En efecto, si el incumplimiento regular de las obligaciones exigibles acarrea, en todo caso, la aplicación del régimen legal previsto en el concurso de acreedores, difícil encaje tiene la rescindibilidad de los contratos celebrados en fraude de acreedores «cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba» (art. 1291 CC); la rescindibilidad de «los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos» (art. 1292 CC); la subsidiariedad de la acción rescisoria, sólo ejercitable «cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio» (art. 1294 CC); o, en fin, la concurrencia del *consilium fraudis* para el éxito de tales acciones -inoperante en el concurso de acreedores (art. 226 TRLC)- y las presunciones a tal fin reconocidas (art.

empresas inviables económicamente sin que el mercado estalle o se paralice. Ello se traduce en la idea de que el concurso «no es sólo un mecanismo de eliminación de empresas, sino también un sistema de tratamiento de las crisis que se producen en el mercado» (en *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., pp. 31-33).

⁶⁰ Es un principio rector de la fase de liquidación del concurso de acreedores la enajenación como un todo del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios de la masa activa, salvo que el juez estime más conveniente para el interés del concurso su enajenación individualizada o de algunas de ellas o de los elementos de que se componen (art. 422 TRLC). Y de manera análoga, si bien no idéntica, ocurre en la ejecución singular. De este modo, en relación a la formación de lotes en la subasta, el Letrado de la Administración de Justicia procederá «según lo que resulte más conveniente para el buen fin de la ejecución» (art. 643.1 LEC). La reasignación de recursos en el mercado que cabe esperar es, por tanto, muy similar.

⁶¹ Cfr. VELA TORRES, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», cit., p. 226.

⁶² Aunque no imposible, es más inusual que así ocurra en supuestos de persona jurídica, donde generalmente concurre más de un acreedor.

1297 CC) -distintas también a las contempladas en el instituto concursal (arts. 227 y 228 TRLC)-⁶³.

Otro tanto acontece con distintos preceptos de la LEC en sede de ejecución singular. Por su llamativa confrontación, debemos destacar el juego de los arts. 570 LEC: «la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante (...)» -esto es, con el íntegro abono de las cantidades debidas⁶⁴-; y 239 LEC, relativo a la caducidad de la instancia en sede de ejecución: las actuaciones para la ejecución forzosa «podrán proseguir hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sin curso durante los plazos señalados en este Título». De su lectura conjunta se infiere con lucidez que el proceso de ejecución singular no termina hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante, aun cuando esta nunca acontezca⁶⁵; cuestión no extensible al proceso concursal en el que se debe dictar auto de conclusión y decretar el archivo de las actuaciones cuando se compruebe, en cualquier estado del procedimiento, la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 465.5º TRLC).

Igual cabe advertir en previsiones como la contenida en el art. 579 LEC en lo atinente a la ejecución de vivienda habitual hipotecada⁶⁶. A este respecto, es cuanto

⁶³ Cuestión distinta, sobre la que nos adentraremos en otro momento (vid. Capítulo III), es la de dilucidar la compatibilidad de las acciones rescisorias comunes y las concursales una vez declarado el concurso. Al margen de ello, lo que desde luego parece descabellado, en la línea de lo arriba expuesto, es pensar que el legislador configuró las acciones rescisorias comunes para su ejercicio en sede concursal.

⁶⁴ Como ha señalado la doctrina, y aunque pudiera parecer obvio, la satisfacción a la que se refiere el art. 570 LEC es de la acción ejecutiva y no del derecho subjetivo privado del acreedor ejecutante -en este sentido, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 1 y 38 a 48; y CASTILLO FELIPE, «Precisiones en torno a la terminación normal del proceso de ejecución civil», *Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica* (ed. ROBLES REYES), Aranzadi, 2015, pp. 39 y ss.-. Como ha señalado este último autor: «la “completa satisfacción del ejecutante” implica una labor de cognición sobre el resultado suficiente de las actuaciones ejecutivas solicitadas en relación con la situación de responsabilidad que se actúa en el proceso de ejecución con la finalidad de declarar extinta la acción ejecutiva» (pp. 39 y 40).

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

⁶⁶ En el apartado primero de dicho precepto se establece la regla directriz de toda ejecución hipotecaria, a saber, que cuando el producto obtenido con la subasta de los bienes hipotecados no fuera suficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá instar el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, siguiendo tal ejecución los normales derroteros aplicables a cualquier ejecución. Es en el segundo apartado, en relación a la adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, donde se establecen determinadas especialidades para aquellos supuestos en los que el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante. En tales casos, la ejecución -«que no se suspenderá»- se ajusta a ciertas singularidades en relación a la cantidad que resta por abonar. Así, y en lo que a nosotros interesa, el apartado a) prevé una liberación de la responsabilidad del ejecutado cuando abonara, en el plazo de cinco años desde el decreto de aprobación del remate, un 65% de la cantidad entonces pendiente más el interés legal del dinero hasta el momento del pago, o, en el plazo de diez años, un 80%.

menos controvertido concebir la no suspensión de la ejecución y el reconocimiento de intervalos concretos de tiempo en los que satisfacer determinados umbrales de deuda, con la idea de una inmediata apertura del concurso ante la situación de insolvencia con un único acreedor⁶⁷. Ello no demuestra que la pluralidad de acreedores constituya un presupuesto para la declaración de concurso, pero sí evidencia la existencia de previsiones concretas aplicables a un proceso de ejecución singular con un único acreedor cuando el patrimonio del deudor no ha sido bastante para la satisfacción de su crédito. Esto es, sostener que la declaración de concurso no precisa de una pluralidad de acreedores sería tanto como reconocer la existencia de una dualidad de regímenes superpuestos, desprovistos de armonización, para tales hipótesis.

Por tanto, pese a las -pretendidas, por algunos- rémoras que pudieran ser formuladas a la concurrencia de una pluralidad de acreedores⁶⁸, es forzoso partir de la

⁶⁷ Asunto distinto es la compatibilidad, una vez declarado el concurso, de los porcentajes de liberación de deuda previstos en el art. 179.2 LEC y los porcentajes que, para los distintos niveles de acceso, se prevén en los arts. 488 y ss. TRLC (antiguo art. 178 bis LC) para alcanzar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Sobre la conciliación de estos preceptos, si bien respecto a la redacción de la LC anterior a la Ley 25/2015, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «El concursado persona física que haya perdido su vivienda habitual sobre la que recaía garantía hipotecaria, ¿puede beneficiarse del descuento de deuda pendiente previsto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?; y, junto con ese descuento ¿de la remisión de deudas insatisfechas establecida en el artículo 178.2 de la Ley Concursal?», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 1033 y ss.

⁶⁸ La tendencia de países como Italia, Alemania y Portugal es, en la actualidad, si bien con titubeos y en contra de lo sostenido durante años, extraña al reconocimiento de la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso. En Italia, la sentencia n. 3111 de la *Corte di Casazione* de 17 de febrero de 2015 afirma: «*che, quanto a la pretesa necessità di una pluralità di creditori istanti per la dichiarazione di fallimento del debitore, tale tesi collide radicalmente con la lettera dell' art. 6, primo comma, della legge fallimentare, che prevede la dichiarazione di fallimento anche a seguito del ricorso di un unico creditore (...), purché al relativo debito l'imprenditore non sia in grado di far fronte con mezzi normali di pagamento, in tal modo manifestando lo stato di insolvenza dell'impresa*»; en contra, parece desprenderse de las palabras de PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., p. 9: «*La caratteristica del processo fallimentare è perciò l'universalità dell'aspetto creditorio unita all'universalità del patrimonio del debitore e dei suoi beni aggredibili; l'azione esecutiva individuale non è in grado di rispondere a nessuna di queste due esigenze*». Sobre la cuestión, en la doctrina italiana clásica, especialmente, PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 199 a 214, con las referencias bibliográficas sobre la cuestión, nacionales e internacionales, y la jurisprudencia citada en la nota al pie 1, y PELLEGRINO, *Lo stato di insolvenza*, Cedam, Padova, 1980, pp. 205 a 219. Asimismo, vid. la bibliografía citada por SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», cit., pp. 333 y ss.; en concreto, para Italia: notas al pie 13 a 22; para Portugal: nota 23; y para Alemania: notas 24 y 25.

En los países del sur de América no encontramos una posición unánime. En efecto, países como Argentina (art. 78.2° de la Ley 24.522, promulgada el 7 de agosto de 1995, de Concursos y Quiebras) y Paraguay (art. 64.3° de la Ley nº. 154, de 13 de diciembre de 1969, de Quiebras) excluyen expresamente que la pluralidad de acreedores sea un presupuesto del concurso de acreedores. En cambio, países como Colombia (arts. 11.2 -para el inicio de un proceso de reorganización ante incapacidad de pago- y 49.5 -para la apertura del proceso de liquidación judicial inmediata- de la Ley nº 1.116, de 27 de diciembre de 2006, de Insolvencia; y art. 538.2 de la Ley 1564, de 12 de julio de 2012, en relación a la insolvencia de persona natural no comerciante), México (arts. 10 y 11.2 de la Ley, de 12 de mayo de 2000, de Concursos Mercantiles) y Perú (art. 36.1 de la Ley General 27.809, de 8 de agosto de 2002, del Sistema Concursal) exigen la concurrencia de acreedores para declarar la apertura del concurso. Esta realidad ha llevado a

idea de que el proceso concursal se instituye para gestionar una situación de crisis económica afectante a una pluralidad de tales sujetos, con la finalidad de hacer imperar criterios de justicia distributiva. En consecuencia, a nuestro juicio, el TRLC acierta al incluir como causa de conclusión del concurso la existencia de un único acreedor tras la presentación de la lista definitiva de acreedores (art. 465.2º).

2.4. La restringida aplicación del principio de la *par conditio creditorum*

Frente al principio de “prioridad” o “prevención”, rector del proceso de ejecución singular -*prior in tempore potior in iure*⁶⁹-, el proceso concursal se asienta, *a priori*, en el principio de la *par conditio creditorum*⁷⁰.

Qué duda cabe de que, al menos en sus principios informadores, la referida *par conditio* es una máxima del concurso de acreedores. La idea de una situación de insuficiencia patrimonial cuyo déficit es preciso colectivizar entre los acreedores de un deudor común, con asunción de sacrificios proporcionales, ha sido -y es- habitualmente asociada al proceso concursal⁷¹.

parte de la doctrina a afirmar que «la presencia o ausencia del requisito de la pluralidad de acreedores en el procedimiento concursal no es más que una opción legislativa y, en ningún caso, puede tratarse de un presupuesto ontológico del concurso» (RODRÍGUEZ DE QUIÑORES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», cit., p. 2282).

⁶⁹ Ello justifica, precisamente, el reconocimiento de tercerías de mejor derecho en el proceso de ejecución (arts. 614 y ss. LEC) orientadas a evitar que la recta aplicación de este principio lleve consigo resultados injustos desde el punto de vista del orden de preferencia y prelación crediticia que reconoce la legislación sustantiva (arts. 1921 y ss. CC).

⁷⁰ Al menos, así se preocupa de preconizar la EM de la LC en sus apartados I -al abordar las deficiencias de la legislación entonces vigente- y V -que en su párrafo primero señala: «La regulación de esta materia de clasificación de créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas»-.

⁷¹ Entre otros, HERRERO PEREZAGUA, «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 271 y 272.

El de la *par conditio* no es un principio que responda, en exclusiva, al interés particular de los acreedores. En efecto, en la satisfacción proporcional del interés de los acreedores, subyace la concurrencia de un interés público cuya salvaguarda preocupa al Estado (D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, cit, pp. 5 y ss.). Este interés estatal se traduce en la intervención de los derechos de los acreedores que, tras la declaración de concurso, pasan forzosamente a regirse por la referida regla de justicia distributiva. El alcance de esta intervención no es menor: evidencia que, tras la declaración de concurso, junto a los derechos del deudor, se subordinan los derechos de los acreedores a un interés superior que el concurso hace valer (cfr., en relación a la quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra “Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd”*, cit., pp. 134 y 135).

Es, asimismo, un anunciado propósito de la LC, extensible al actual TRLC, que «el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y (...) sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas» (párrafo 2º, apartado V de la EM LC).

Debate distinto es que el legislador haya materializado, con el régimen instaurado en 2003, dicha idea en la regulación del concurso. Sería controvertido afirmar que así es: son tantas las excepciones que contempla la Ley que la proyección de aquel principio queda relegada a un mínimo reducto. En realidad, solo respecto de los créditos ordinarios, para su pago en fase liquidativa -«a prorrata»- y en caso de insuficiencia de activo para su satisfacción total, encuentra la *par conditio creditorum* una realización indiscutible. En lo que afecta a los restantes créditos, se corrobora que el régimen jurídico concursal concede un tratamiento jurídico privilegiado o postergado que desvirtúa lo proclamado por aquel principio⁷².

En otras palabras, aunque se purgan ciertos privilegios y preferencias respecto al régimen derogado (párrafo 1º, apartado V de la EM LC)⁷³, la igualdad sigue siendo solo hipotética al quebrar la paridad de todos los acreedores frente a las amplias

⁷² Al margen de los créditos contra la masa (art. 242 TRLC) que, como prededucibles que son, disminuyen el activo destinado al pago de los créditos concursales (art. 429 TRLC), encontramos los créditos privilegiados -especiales (arts. 270 y ss. TRLC) y generales (art. 280 TRLC)- cuyo pago también debe ser satisfecho, en su integridad, con carácter previo al abono de los créditos ordinarios (art. 433.1 TRLC). Sin embargo, el favorable tratamiento expuesto no queda ahí; en relación a la tramitación y confección del convenio, los acreedores privilegiados ostentan ciertas prerrogativas de no escaso alcance, entre otras: tienen derecho de abstención sobre el convenio que puede aprobarse (art. 397.1 TRLC) y, si así lo deciden, pueden adherirse, votar a favor y someterse a una propuesta de convenio o a un convenio ya aprobado (arts. 376 y 397.1 TRLC). Última excepción hallamos en relación a los créditos subordinados. El pago de dichos créditos se produce cuando han sido abonados íntegramente los calificados como ordinarios (art. 435.1 TRLC) y, por tanto, una vez satisfechos también los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Sólo entonces se procede a su pago pero en el orden establecido en el art. 281 TRLC y, dentro de cada número, a prorrata (art. 435 TRLC). Durante la elaboración del convenio, los créditos subordinados reciben, asimismo, un tratamiento dispar: carecen de derecho de voto en las propuestas que se presentan (art. 352.1.1º TRLC) y quedan vinculados por el convenio aprobado (art. 396 TRLC).

⁷³ Ya en la legislación derogada anterior a la LC y pese a su proclamación generalizada, no podía aceptarse su efectiva existencia. Sobre la cuestión, vid. las críticas formuladas por CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., pp. 485 *in fine* y ss.; y, sobre todo, BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., 1986, pp. 68 y ss. Como señala este último (p. 71): en su origen, la *par conditio creditorum* era una regla de asignación del riesgo en un mercado en el que todos los acreedores estaban en idénticas condiciones de preverlo y actuar en contra de él. Lo mejor entonces era distribuir con arreglo al volumen del crédito. Sin embargo, con el paso del tiempo, fueron cristalizando privilegios ajenos al principio de una economía de mercado pura. Estos constituían el reflejo de la fuerza de determinadas categorías de acreedores que sostenían intereses implicados en la contratación del crédito. En este escenario y no siendo ya todos los acreedores iguales, poca razón de ser tenía seguir manteniendo este criterio.

prerrogativas reconocidas a favor de algunos de ellos⁷⁴. En este sentido, sería más acertado sostener que el proceso concursal procura la satisfacción de los acreedores sobre la base de ciertos criterios legalmente establecidos que, en el régimen jurídico vigente, se encuentran alejados del tratamiento que preconiza la *par conditio omnium creditorum*⁷⁵.

3. LA TUTELA JURISDICCIONAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES: INTERESES TUTELADOS Y PRINCIPIOS RECTORES

3.1. Los fines del proceso concursal y los métodos para su tutela

Toda actividad legislativa precisa de un análisis económico del Derecho con el propósito de dotar de eficiencia al sistema jurídico que se pretenda instaurar.

El notable impacto económico y social de los sistemas concursales precisa, incluso con más intensidad, el análisis de los fines sobre los que este se proyecta⁷⁶ y el examen de los distintos métodos empleables para su tutela (de mercado -y de mercado corregido- y gubernativo).

Muy sucintamente, como cabe intuir, en el ámbito del concurso de acreedores, el método de mercado persigue la liquidación del patrimonio con la finalidad de lograr la

⁷⁴ De igual modo, VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, 2ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 35, para quien tanto el principio de concursalidad como el de la *par conditio creditorum* -lo que denomina «el eje cartesiano del procedimiento concursal»- se halla debilitado por la concurrencia de excepciones, tanto respecto a la integración real de todos los acreedores (vid. art. 241 TRLC; antiguo art. 76.3 LC) como a la igualdad efectiva de aquellos.

⁷⁵ En este sentido, entre otros, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 180; y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», cit., pp. 2286 a 2288. A la vista de lo expuesto se sigue pudiendo afirmar, si bien respecto al proceso concursal vigente, que nos encontramos ante «un mecanismo procesal que hace posible la responsabilidad del patrimonio del deudor bajo el punto de vista del privilegio» (respecto de la quiebra, cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación...», cit., p. 492).

⁷⁶ Siguiendo la visión económica ofrecida por BISBAL MÉNDEZ, el sistema concursal persigue dos fines: el primero es el de su “justicia” o legitimidad; el segundo es el de la reducción de los costes intrínsecos del sistema. Este último cometido se articula sobre tres objetivos. El primero se refiere a la reducción del número y la gravedad de los concursos. El segundo afecta a la reducción de los costes sociales derivados de aquellos (es decir, de la gestión de los costes asociados a la eliminación o a la conservación de la empresa). El tercero atiende a la reducción del coste de administrar el sistema concursal adoptado (esto es, del método escogido para la selección de la empresa a eliminar). Estos constituyen propósitos que «están íntimamente relacionados y satisfacer a uno más allá de un cierto punto significa fracasar en los demás. (...) La reducción de los costes intrínsecos significa obtener un punto de equilibrio en el coste de cada uno de los elementos señalados (...). En la época actual este objetivo sólo puede conseguirse con una combinación adecuada del método de mercado y del método gubernativo» (sobre la cuestión, en detalle, vid. *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., *passim*, especialmente, pp. 40 y ss.).

satisfacción de los acreedores; por el contrario, el método gubernativo pretende la conservación de la empresa, mediante un plan de reestructuración crediticia, como mejor modo de salvaguardar los intereses implicados en la situación de crisis económica⁷⁷.

El modelo concursal español muestra una clara inclinación por la tutela del crédito como fin primario de su implantación⁷⁸. Sin embargo, la -a veces- pretendida oposición de esa meta con la conservación de la empresa, fin secundario en supuestos de viabilidad económica en nuestro régimen jurídico⁷⁹, ha respondido más a un problema de enfoque que a una incompatibilidad plena entre ambos propósitos.

En efecto, si se observan con detenimiento las construcciones doctrinales formuladas en torno al estricto cumplimiento de la tutela del crédito -y, en especial, sobre la puntualidad en los pagos⁸⁰- y aquellas otras orientadas a la conservación de la empresa, se apreciará que, en realidad, no articulan discursos antagónicos sobre un mismo problema, sino argumentos distintos sobre problemas distintos. De esta suerte, mientras uno se fundamenta en la reinterpretación global del sistema para adecuarlo a la

⁷⁷ Sobre los referidos métodos, vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., *passim*, especialmente, pp. 33 y ss.

⁷⁸ Aunque desde la aprobación de la LC de 2003 hasta el vigente TRLC se han acometido reformas de destacable calado sobre las que nos pronunciamos seguidamente. Al menos en su concepción inicial basta una somera lectura de la EM de la LC, especialmente en su apartado II, para apreciar este extremo. España, a diferencia de otras orientaciones más modernas, no tiene como propósito fundamental la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad económica sino la satisfacción de los acreedores. Este enfoque, propio del Derecho concursal angloamericano, se localiza también en algunos ordenamientos jurídicos de Derecho continental. El paradigma lo hallamos en Francia, sobre todo tras la *Loi de Sauvegarde des entreprises dans difficultés* francesa, nº 845 de 26 de julio de 2005, cuya finalidad se dirige a «salvar la empresa, mantener la actividad y el empleo» (sobre este régimen jurídico, vid. DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo II, cit., pp. 805 y ss.); también en Italia, con la vigente “*amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*”, introducida por decreto legislativo de 8 de julio de 1999, n. 270 (*Gazzeta Ufficiale*, 9 de agosto, n. 185), cfr. art. 1.

⁷⁹ Como advierte la EM, en su apartado VI (párrafo 7º): «La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros interesados».

⁸⁰ Recuérdese la suficiencia de la cesación en los pagos, sugerida por la doctrina clásica, para declarar la apertura de la quiebra -al margen de la situación de déficit patrimonial-. En este sentido, vid. POLO DÍEZ/BALLBÉ PRUNES, con cita de GARRIGUES: «*lo que interesa a los acreedores es cobrar puntualmente sus créditos*. Y así como para ellos es indiferente obtener el cobro con los medios propios del deudor o gracias al crédito de que éste goce, así también sería indiferente que el deudor tuviese suficientes bienes para pagar sus deudas si de hecho no las paga. (...). *Exactitud y puntualidad* son las dos leyes del comercio normal y el *faltar continuamente a ellas* constituye un estado: el *estado de quiebra*» (en *La quiebra de “Barcelona Traction”*, Talleres Gráficos Mariano Galve, Barcelona, 1951, pp. 127 y 128; sobre la cuestión, vid. pp. 126 y ss. con citas de la doctrina más destacada, española y foránea).

tutela del crédito, el otro hace lo propio, en una reinterpretación del mismo alcance, para ajustarlo a la eficaz discriminación entre crisis reversibles e irreversibles⁸¹.

Obviamente no estamos queriendo afirmar con ello que, por cuanto procuran solventar problemas distintos, la compatibilidad en su instauración sea total. En realidad, la relación entre ambos principios impide potenciar uno de manera completa sin afectar al otro. Ahí radica el desafío de todo sistema concursal: alcanzar ambos propósitos, pero en justo equilibrio⁸².

Esta labor le corresponde al Estado, que deberá averiguar cuál es el grado de satisfacción de cada uno -fundamentalmente, cuál de ellos, en conjunto, ofrece más ventajas-, jerarquizando los fines que debe perseguir su sistema concursal y priorizando los intereses en juego, tanto para garantizar la satisfacción de los intereses privados -de acreedores⁸³ y de deudor, entre otros-, como para proporcionar una adecuada tutela del interés público -concretada en la gestión de las crisis empresariales y de mercado-.

En las últimas décadas asistimos a un cambio de tendencia ostensible en los ordenamientos jurídicos más avanzados. Abanderados por el Derecho Norteamericano y con un claro reflejo en Europa, desde la *Insolvenzordnung* de 1994, pasando por la *Loi de Sauvegarde* francesa, hasta el *fallimento* italiano que persigue el “saneamiento de la empresa económicamente viable”, se aprecia un cambio de paradigma de los procesos concursales que evitan la liquidación como opción ideal -objetivo de los antiguos sistemas de quiebra- y persiguen la solución convenida entre deudor y acreedores en aras a lograr la conservación de la empresa⁸⁴.

⁸¹ Cfr. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., p. 182.

⁸² En cuanto a la puntualidad en los pagos como máxima del sistema concursal, vid. *ibidem*, nota al pie 78, p. 181: «El punto de arranque de esta doctrina no estriba en una forma particular de interpretar los artículos del código, sino en una específica jerarquización de los fines que debe realizar el sistema concursal: en este caso, el fin primordial estaría representado por la tutela del crédito, esto es, en nuestra terminología, la reducción de los costes secundarios. Otra cosa sería si se partiera de la creencia de que el fin primordial del sistema concursal es la conservación de la empresa, esto es, la reducción de los costes primarios. El que en determinados conflictos se acentúe una u otra creencia no impide afirmar que, desde un punto de vista general, el sistema concursal debe procurar la realización de ambos fines a la vez. Y como ambos están relacionados de tal forma que es imposible realizar uno plenamente, sin afectar al otro, el problema siempre consiste en averiguar cuál es el grado de satisfacción de cada uno que en conjunto ofrece más ventajas».

⁸³ Como advirtiera FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, el Estado interviene para evitar, entre los acreedores, una guerra de “todos contra todos” (en *Derecho Procesal Civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, tomo III, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, p. 35).

⁸⁴ Vid. DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo I, cit., pp. 1558 y ss.

En España este cambio se materializó en 2003 con la nueva LC: «Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses» (apartado VI EM). Sin embargo, la búsqueda de soluciones convenidas con carácter previo a la declaración de concurso, generalizadas desde tiempo atrás en otros ordenamientos, fueron introducidas en España en 2009 (acuerdos de refinanciación) y 2011 (acuerdos extrajudiciales de pagos), evidenciando la clara reticencia del legislador español a adaptar las clásicas preferencias del proceso concursal a los nuevos contrapesos que, desde instancias internacionales y europeas, se vienen imponiendo.

En esta línea, a rebufo y con notable retraso, el ordenamiento jurídico español persigue la instauración de un inédito equilibrio entre las posiciones de acreedores y deudor. Se procura, así, un modelo que, teniendo como “nudo gordiano” la satisfacción de los acreedores, facilite también la reestructuración de la empresa viable económicamente⁸⁵.

⁸⁵ Es la aparición en los últimos tiempos de otros intereses dignos de protección en la búsqueda del justo equilibrio entre las posiciones de deudor y acreedores -v.gr., la reintegración a la vida económica y empresarial de los concursados, la defensa de los consumidores o la reestructuración de la empresa viable económicamente- lo que ha provocado que la contundente -e histórica- afirmación de satisfacción primera de los intereses de los acreedores deba ser matizada. Son varias las gradaciones que, en la evolución legislativa del concurso de acreedores desde su origen, ha sufrido la referida máxima. En primer lugar, podemos referir, por ejemplo, la progresiva pérdida del control del patrimonio del deudor concursado por parte de los acreedores. En efecto, si analizamos los primeros procedimientos de ejecución establecidos en Derecho romano, podemos corroborar que en su primera manifestación conocida, la *bonorum venditio*, los acreedores se unían sobre los bienes de un deudor común -*missio in rem*- con el objeto de conservarlos -*rei servandae causa*-. De esta suerte, con el primer trámite de la *bonorum venditio* -la *missio in bona*-, los acreedores ya adquirirían la *custodia et observatio* y la administración de los bienes del deudor. Esta clara vocación privatista que se mantuvo en sucesivas instituciones -así, en la *bonorum distractio* y *cessio bonorum*-, vio modulado su impulso con la visión jurídico-pública que, en los Derechos visigodo, franco y estatutario italiano, pasan a ostentar los referidos procedimientos. Desde entonces y hasta nuestros días, de manera progresiva, la tutela de aquellos acreedores ha adquirido una incontestable relevancia pública que ha justificado el control de aquel patrimonio por parte, salvo alguna contada excepción, de los órganos jurisdiccionales -sobre la cuestión, en los distintos estadios de la historia, vid. nuestro trabajo *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 25 y ss.-.

Una segunda matización, de similar tendencia, aparece en el poder de decisión de los acreedores en la elección de los órganos encargados de la gestión del patrimonio concursal. De un poder omnímodo de los acreedores en las instituciones de Derecho romano en las que los órganos eran elegidos directamente por decisión de la mayoría de aquellos (v.gr., en la *bonorum venditio* con el *curator bonorum* y el *magister bonorum*) hasta la regulación actual, donde apenas resiste un mínimo reducto de la presencia -o influencia- de los acreedores en el concurso *ex art. 58 TRLC* (en los denominados concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público, podrá nombrar como segundo administrador concursal a una

3.2. Intereses tutelados y estructura del proceso concursal

3.2.1. El fundamento de la dispar estructura del proceso concursal: la tutela de los intereses en juego

La declaración de concurso trae consigo, por definición, la gestión de un daño⁸⁶. La existencia de una situación de insolvencia y de una pluralidad de acreedores determina que, salvo excepcionales supuestos, el proceso concursal culmine sin la satisfacción completa de la totalidad de los créditos⁸⁷. Y es ante esta merma en los derechos subjetivos de los acreedores cuando surgen innumerables conflictos de intereses⁸⁸ a los que el Estado debe hacer frente. A cómo solucionar estos obedece, como norma material, el Derecho concursal⁸⁹.

Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella). Sobre el referido influjo en los distintos modelos de administración concursal implantados en España y otros ordenamientos jurídicos, vid. el referido trabajo, *passim*; y tras la última modificación de la LC por Ley 17/2014, de 30 de septiembre, vid. nuestro trabajo «La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y su proyecto de reglamento», *Anales de Derecho*, vol. 33, nº 1, 2015, pp. 3 y ss.

Por último, en lo que hace a la remisión del pasivo insatisfecho y a la estricta aplicación del actual art. 1911 CC, podemos apreciar una tendencia similar. De nuevo, si volvemos al Derecho romano, en la *bonorum venditio* el deudor no quedaba liberado de la deuda pendiente si con la venta global de los bienes al *emptor bonorum* todavía quedaban créditos pendientes de abonar. Otro tanto acontecía en el Medioevo italiano con los concordatos del Derecho estatutario cuyas quitas dejaban de tener eficacia si el deudor pasaba a ostentar mejor condición económica. Y hasta 2013, con la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, operó en España, en toda su extensión, el principio de responsabilidad patrimonial universal. De esta suerte, si finalizada la liquidación concursal quedaban pendientes créditos sin satisfacer, el deudor seguía respondiendo con todo su patrimonio. En la actualidad, en el TRLC, se reconocen distintos niveles de acceso al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si bien, todavía, con ciertas reticencias cuando en determinados escenarios el deudor viene a mejor fortuna (así sucede con el segundo nivel de acceso a dicho beneficio a la vista del tenor del art. 498.2º TRLC). Sobre la cuestión, en relación a la modificación operada en la LC por Ley 25/2015, de 28 de julio, vid. nuestro trabajo, «El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos en la Ley 25/2015, de 28 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2016, pp. 29 y ss.

⁸⁶ Vid. DASSO, *Derecho Concursal Comparado*, tomo I, cit., pp. 1 y ss. Sobre la cuestión, en relación a la antigua institución de quiebra, vid. BISBAL MÉNDEZ, *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras...*, cit., p. 58. Como es obvio, la reducción de este daño es una cuestión no solo cuantitativa sino también distributiva, con efectos y alcance muy dispares en función de la riqueza y la capacidad de diversificación del sujeto que debe soportarlo.

⁸⁷ Aun cuando concluya el concurso por el íntegro cumplimiento del convenio (art. 465.3º TRLC), es necesario gestionar un daño: sea por el establecimiento de quitas, bien de esperas, o de ambas a la vez.

⁸⁸ En la concepción de interés aquí proporcionada nos servimos de MONTERO AROCA, que parte del que se ha llamado criterio objetivo, esto es, de entender el interés como relación ideal existente entre una persona (o grupo), acuciada por una necesidad, y el bien apto para satisfacer esa necesidad. El carácter jurídico del interés se adquiere en el momento en el que este aparece contemplado en el ordenamiento jurídico (en *De la legitimación en el proceso civil*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 402). Sobre la cuestión, vid. Capítulo VI.

⁸⁹ Ante los conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, el Ordenamiento responde determinando, en primer lugar, si un interés es o no digno de protección, y, después, jerarquizando la prioridad de aquellos intereses que se hallan en juego: «La norma material determina ante el conflicto

El Derecho concursal se encuentra, para la gestión del referido daño, en permanente conflicto: dispensa una tutela diferente de la que procuran, desde su parcela, otros instrumentos jurídicos, modulando y alterando su común eficacia, y promueve una ordenación distinta en la primacía de los intereses dignos de protección⁹⁰.

Es la especial protección que requieren los intereses inherentes al proceso concursal lo que condiciona los cimientos sobre los que se asienta este. De partida, nótese que el alcance de la tutela que dispensa el proceso concursal es más vasta y compleja de la que podemos encontrar, generalmente, en un proceso civil -declarativo o ejecutivo- ordinario.

En esencia, es la doble función público-privada que cumple el proceso concursal (principalmente, la tutela de los intereses privados de los acreedores en juego, y de manera adyacente, la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil)⁹¹, y la más completa y contundente respuesta a la realidad a la que ha de hacer frente por parte del ordenamiento jurídico para atender con éxito, lo que determina una forzosa dispar estructura, en relación a la propia de un proceso civil típico, imprescindible para garantizar la eficacia de aquella tutela.

3.2.2. El encaje del proceso concursal en las estructuras del proceso civil

El sistema procesal civil, como ha tenido ocasión de señalar MONTERO AROCA, encuentra apoyo ideológico en la concepción liberal de la sociedad y en la trascendental distinción entre interés público e intereses privados⁹².

cómo se soluciona el mismo y lo hace asignando al titular de un interés una situación de ventaja o de prevalencia sobre el titular de otro interés» (ibídem, p. 403).

⁹⁰ El Derecho concursal es, en esencia, un instrumento; un área del Derecho destinada a ofrecer solución a las situaciones de crisis económica. Por el objeto sobre el que opera, la complejidad es una de sus notas características, con protección de ciertos intereses cuya tutela interesa al Estado en tanto se declara el concurso de acreedores.

Como señala TIRADO MARTÍ, a diferencia de lo que ocurre con otras ramas del ordenamiento, que responden a concepciones concretas y pretenden tutelar unos intereses determinados (v.gr., protección del tráfico o protección del trabajador), el Derecho concursal persigue conjugar una tutela distinta que necesariamente parte de la imposibilidad de proteger todos los intereses que cada una de las demás ramas del Derecho procuran: «Estamos ante un derecho que persigue “arreglar” el conflicto creado por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho. (...) el Derecho concursal *no tiene sentido en soledad*. Es estrictamente funcional» (en *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, p. 10).

⁹¹ Vid., respecto a la quiebra, PRAT Y RUBI, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, ed. Bosch, 1995, *passim*, especialmente, pp. 154 y 156.

⁹² En este sentido, no está demás recordar el arraigo constitucional sobre el que se asienta el proceso civil español. Este engarce constitucional hay que ubicarlo en los arts. 33 y 38 CE: el primero, reconoce el derecho a la propiedad privada; el segundo, la libertad de empresa en el marco de la

La diferente naturaleza de los intereses en juego promueve la concurrencia de dos tipos de proceso: «frente a un proceso necesario, en el que por tratarse del interés público el principio de necesidad determinará su nacimiento y contenido, debe existir otro proceso en el que, por tratarse de intereses privados, la voluntad de las partes es el elemento determinante tanto de su nacimiento como de su contenido y de su extinción»⁹³. Nos referimos, con apoyo en la reproducida doctrina, a los dos elementales modelos de proceso: el proceso penal y el proceso civil.

En una primera aproximación, no cabe duda de que, entre los dos esbozos expuestos, el proceso concursal halla mejor cabida en el proceso civil. En este sentido, son elementos que convergen en un proceso concursal y un proceso de raigambre civil: la naturaleza privada de la mayoría de los intereses en juego, la necesaria instancia de parte para su declaración (arts. 3, 5, 6 y 13 TRLC) o la posibilidad de conclusión del proceso por desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (art. 465.7º TRLC). De igual modo, la remisión contenida en el art. 521 TRLC refuerza esta consideración: «en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»⁹⁴.

Este reenvío, en bloque y sin excepción, descansa en un predominio del carácter privado de los intereses que se tutelan en el concurso⁹⁵. Sin embargo, siendo cierta esta afirmación, el proceso concursal, como medio para el fin de la tutela estatal del Derecho privado al que sirve⁹⁶, encuentra difícil acomodo en las lineales estructuras del régimen común o general previsto en la LEC⁹⁷. Tanto en su configuración como en sus principios rectores, el proceso concursal presenta notas singulares diferenciadoras que lo alejan, como venimos sosteniendo, de un proceso civil típico.

economía de mercado. Sobre tales extremos, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 146-148.

⁹³ Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 145.

⁹⁴ La Disposición Final -en adelante, DF- 5ª de la LC, actualmente derogada por el TRLC (vid. apartado 1 de la Disposición derogatoria única), añadía: «en el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso».

⁹⁵ Cfr. CORDÓN MORENO, «Los aspectos procesales del concurso», cit., p. 598.

⁹⁶ En relación al orden civil, cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil* (con HERCE QUEMADA), tomo I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, p. 1.

⁹⁷ De la misma opinión, dada la compleja configuración del proceso concursal y la variedad de bienes que en su seno acoge, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 115.

3.3. Los principios rectores del proceso concursal

3.3.1. La tutela concursal y su influencia en la determinación de los principios rectores

De entre las medidas extraordinarias y de distinto signo que encontramos en el proceso concursal, y sobre las que nos pronunciaremos en distintos pasajes de este trabajo, conviene avanzar algunas notas singulares que influyen, de manera decisiva, en la configuración de los principios directores del proceso concursal.

La aspiración del Estado por procurar una gestión del patrimonio concursal adecuada, incólume ante eventuales actos perjudiciales del deudor, cristaliza, una vez declarado el concurso, en diversas disposiciones que persiguen garantizar aquel propósito. En todos ellos se parte de la desconfianza del deudor en la gestión patrimonial (al margen de su diligencia previa⁹⁸) y de la necesidad de instaurar instrumentos de control cuya encomienda es atribuida a juez y a administración concursal⁹⁹.

De esta suerte, por razón de la referida cautela, graduada en función del régimen decretado (intervención o suspensión) en la administración y disposición de los bienes del concursado, los efectos de la declaración de concurso se orientan, de un lado, a mantener al deudor en una situación jurídica que le impida realizar actuaciones perjudiciales para los acreedores, facilitando las operaciones destinadas a la satisfacción de los intereses de estos; y, de otro, a controlar la actividad comercial del deudor que, si bien continúa con carácter general tras la declaración judicial de insolvencia, queda subordinada al deber de conservar y administrar la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso (art. 204 TRLC)¹⁰⁰.

⁹⁸ Es cierto que la diligencia del deudor en la gestión de su patrimonio con carácter previo a la declaración de concurso puede tener una directa traslación en el régimen de administración y disposición patrimonial que decreta el juez del concurso (arts. 106 y 108 TRLC). Ahora bien, sea en el régimen de suspensión sea en el de intervención, se parte, si bien con distinta intensidad, de la desconfianza hacia el deudor en la gestión patrimonial. Esta característica es fácilmente constatable dada la atribución de las facultades de administración y disposición patrimonial a la administración concursal en casos de suspensión, y la encomienda de su control en el desempeño de estas por el deudor en supuestos de intervención.

⁹⁹ El referido recelo era, con las instituciones del régimen anterior a 2003, mayor. Al respecto, PRAT Y RUBI, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, cit., pp. 147 y 148.

¹⁰⁰ La aludida sumisión de la continuidad de la actividad empresarial a los intereses de la masa activa conlleva, colateralmente, que aquellas empresas cuya actividad no genere beneficios y, por tanto, perturben el normal funcionamiento y seguridad del comercio, salgan del mercado. Se cumple, así, la

El aludido escepticismo cristaliza, de este modo, en un régimen de limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor concursado, instrumento de protección de la masa, dependiente de las necesidades del concurso (arts. 106 a 109, 119 a 121, 321 y 413 TRLC)¹⁰¹. Estas restricciones presentan distinto alcance en atención a la fase del concurso en la que nos situemos, y tienen un destacado impacto en la desigual configuración de los principios propios del proceso concursal. Como veremos, en la instauración de límites a la disponibilidad de los derechos del deudor afectados por la declaración de concurso, y en la acotación de su autonomía de la voluntad respecto a los bienes y derechos que integran la masa, reside uno de los principales fundamentos de la singularidad que caracteriza el proceso concursal.

Junto a lo anterior, proyección de la preocupación del Estado por asegurar una adecuada tutela del patrimonio concursal, debemos destacar la posición que ostentan en el concurso el órgano jurisdiccional y la administración concursal. Como indica la EM (IV): «sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento (...). La reducción de los órganos concursales tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias».

Así, junto a los poderes de dirección formal propios de un juez civil¹⁰², dada la complejidad de la tutela que requiere el concurso, se refuerzan las atribuciones del órgano jurisdiccional tanto para garantizar la implementación de aquellos criterios como, sobre todo, determinar los instrumentos que permiten la satisfacción de los acreedores; en este sentido se corrobora a la vista de las especiales facultades reconocidas al órgano jurisdiccional para la aprobación del convenio y en la fijación del plan de liquidación¹⁰³.

segunda función, aludida *supra*, del proceso concursal, a saber, la eliminación del comerciante (empresario) que fracasa en el juego del mercado. Sobre esta, vid. BISBAL MÉNDEZ, «Crisis del sistema concursal tradicional y principio de conservación de la empresa», *Actualidad Jurídica*, nº 2, 1981, pp. 5 y ss.

¹⁰¹ Así reputa tales limitaciones PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 166.

¹⁰² Nos referimos al control de los presupuestos procesales, al impulso de oficio del procedimiento, y, en su caso, al examen de eficacia de los actos procesales que rigen, como regla general, en todo proceso.

¹⁰³ En palabras de la EM(IV): «La ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones». Tal discrecionalidad «contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la

Junto al órgano jurisdiccional, también la administración concursal ostenta un destacable quehacer a lo largo del concurso, con atribuciones de distinto signo, entre las que destaca un régimen de cuasi-monopolio en la gestión del patrimonio concursal con adecuación a los fines del concurso¹⁰⁴.

3.3.2. Delimitación de los principios jurídico-naturales y jurídico-técnicos en el proceso concursal

La apuntada restricción a la disposición de los bienes y derechos afectados por la declaración de concurso y la excepcional atribución de poderes a órgano jurisdiccional y administración concursal para asegurar la tutela que el concurso persigue atempera el predominio de los principios propios del proceso civil.

El interés en afinar sobre esta cuestión no es baladí. Conviene recordar que, como señalara DE LA OLIVA, los principios del proceso se erigen en los puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional; esto es, constituyen los rasgos intrínsecos de cada concreto proceso en función de aquello que fundamentalmente los origina¹⁰⁵.

De esta suerte y habida cuenta de que la preocupación de todo procesalista debe radicar en la constatación de que el proceso está establecido como instrumento para la tutela de los intereses protegidos por la norma¹⁰⁶, la correcta articulación y delimitación de estos principios deviene, a nuestro juicio, esencial en nuestro estudio. Con su exposición, obtendremos válidas conclusiones sobre la ordenación del proceso concursal y la posición de las partes y el órgano jurisdiccional.

administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la aumulación de concurso; el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos».

¹⁰⁴ Este régimen de monopolio solo cede en contadas ocasiones, ya en las que la Ley exige expresa autorización judicial (cfr. arts. 114, 119.2, 120.4, 123.2 y 3, y 205 TRLC), bien en aquellas en las que se habilita a los acreedores, previa petición a la administración concursal y pasividad de esta, a ejercitar concretas acciones en beneficio de la masa (arts. 122 y 232 TRLC) o incluso instar la ejecución de la sentencia de condena dictada en la sección de calificación (art. 461.1 TRLC). En este sentido, en referencia a la LC, VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional...», cit., p. 100).

¹⁰⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I* (con FERNÁNDEZ-BALLESTEROS), 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 103.

¹⁰⁶ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», *Jurisdicción, acción y proceso*, ed. Atelier, p. 224. Publicado, asimismo, en *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 118 a 158.

En primer término, nos pronunciaremos sobre los principios de dualidad de partes y contradicción, para seguidamente profundizar en el principio de igualdad, englobables todos ellos dentro de los denominados principios “jurídico-naturales”. En segundo lugar, en el último epígrafe de este apartado, analizaremos los principios “jurídico-técnicos”¹⁰⁷ o principios esenciales del proceso concursal, con especial mención a la modulación que, respecto al proceso civil, padecen aquellos para alcanzar la tutela que el concurso facilita.

a) La dualidad de partes y los principios de contradicción e igualdad en el proceso concursal

a. La dualidad de partes en el proceso concursal

Aun con especialidades, el proceso concursal no prescinde de la idea de dos partes, con posiciones procesales distintas e intereses inicialmente contrapuestos.

Partiendo de los presupuestos asociados al concurso y atendida la tutela estrictamente patrimonial que dispensa el auto que constituye la nueva situación jurídica, parece lógico que el proceso concursal responda al referido principio de dualidad de partes. Esto es, junto a la obligada concurrencia de un deudor y una pluralidad de acreedores en posiciones antagónicas, al menos desde el punto de vista de la relación obligatoria, también patrocina esta estructura dual la propia tutela principal que contiene el proceso concursal, cuya máxima es la satisfacción de los acreedores en detrimento del patrimonio del deudor¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Nos servimos de la clásica distinción entre principios “jurídico-naturales” –criterios dirigidos a garantizar los postulados elementales de justicia, a saber: principios de audiencia y de igualdad-, y principios “jurídico-técnicos” -criterios que inspiran ciertas construcciones procesales que conviven con la realidad jurídica en función de la cual aquellos tienen sentido, estos son: principios dispositivo y de aportación de parte- formulada por DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I*, cit., pp. 103 y ss.

¹⁰⁸ Y ello aun cuando la nueva situación jurídica hubiera sido promovida por el deudor. A nuestro juicio, tal estimulación de la declaración de concurso por parte del deudor no excluye la contraposición de intereses. Han de ser valorados tres elementos. En primer lugar, nótese que, una vez declarado el concurso, al margen de que nos encontremos ante una insolvencia actual o inminente, el legislador prescinde de la voluntad del concursado, esto es, el proceso sigue su cauce con independencia de la preferencia de aquel. De esta suerte, aun cuando el deudor instara inicialmente la declaración de concurso con el fin de regularizar su situación, tras esta no importa al Ordenamiento jurídico cuáles sean las intenciones del concursado en orden a revertir tal declaración o continuar su curso. En segundo lugar, la constitución de la situación jurídica concursal entraña la sujeción a nuevos criterios de gestión patrimonial que no son libremente determinados por el deudor ni siquiera cuando se decreta el régimen de intervención. Ello aboca a una conducta obligada del concursado si quiere conservar las facultades de administración y disposición patrimonial, que forzosamente implicará el ejercicio de una actuación conforme a aquellos criterios. En tercer lugar y íntimamente relacionado con lo anterior, la declaración de concurso comporta la aparición de nuevos intereses dignos de protección cuya salvaguarda es

Cuestión distinta es la consideración de parte que, desde el punto de vista técnico-procesal, ostentan deudor y acreedores. La Ley exclusivamente confiere el estatuto de parte, en todas las secciones del concurso, «sin necesidad de comparecencia en forma», a deudor y a administración concursal (art. 509 TRLC)¹⁰⁹. No, en cambio, a los acreedores, a los que parece otorgar un régimen dual, de parte procesal o como meramente interesado, en función de la concreta comparecencia y actuación a desarrollar (art. 512.1 y 2 TRLC)¹¹⁰.

Es cierto que en un proceso universal, con pluralidad de objetos e intereses, el concepto de parte y su característica dualidad tienen difícil acomodo¹¹¹. La común diversidad de sujetos concurrentes y la multitud de incidentes que en su seno alberga

encomendada a los órganos del concurso. De este modo, aun cuando el deudor mantuviera una actuación en el concurso desinteresada y pasiva, la confrontación de intereses con los acreedores para la defensa del patrimonio concursal podrá estar sostenida por la administración concursal.

¹⁰⁹ Se trata de una atribución de parte *ex lege*, al margen y desligada, por tanto, de los concretos intereses que están en juego en cada incidente. El empleo de esta fórmula legal reproducida en texto parece significar que, por mor de aquella condición, todas las actuaciones, de todas las secciones, se producen con deudor y administración concursal. Será necesario, por tanto, darles traslado de cualesquiera pretensiones y escritos que se presenten en las distintas piezas o secciones del proceso concursal. De esta opinión, HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 194», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1956, y, criticando la falta de rigor técnico de la expresión, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1882 a 1884.

¹¹⁰ La condición de parte de cada concreto acreedor en el concurso, con plenas posibilidades de actuación procesal, exige su comparecencia en forma representado por procurador y asistido de abogado (art. 512.1 TRLC). Con esta cualidad pueden, entre otras: instar la declaración de concurso (arts. 3.1 y 568.1 TRLC); ejercitar determinadas acciones de carácter patrimonial, de manera subsidiaria (arts. 122, 232 y 238.2 TRLC) o principal (art. 94 TRLC); impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 297 TRLC); formular oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 382.1 y 384 TRLC); instar la declaración de incumplimiento del convenio (art. 402 TRLC); solicitar la apertura de la liquidación (art. 407.2-I LC); personarse y ser parte en la sección de calificación (art. 447 TRLC); instar la ejecución de la sentencia de condena en calificación ante la pasividad de la administración concursal (art. 461.1 *in fine* TRLC); formular oposición a la conclusión del concurso (art. 477 TRLC); y oponerse a la aprobación de las cuentas formuladas por la administración concursal (art. 479.1 TRLC). Asimismo, en aplicación del art. 512.1 TRLC, podrán interponer los recursos que legalmente procedan (arts. 544 a 551 TRLC y 448.1 LEC) e impugnar actos de administración. En distinta condición actúan, y, por tanto, sin necesidad de comparecencia en forma, cuando (art. 512.2 TRLC): comunican créditos (art. 255 TRLC); formulan alegaciones (v.gr., al plan de liquidación *ex art.* 418.1 TRLC); o asisten e intervienen en la junta de acreedores (art. 336 TRLC). También, entre otras, cuando se produce la adhesión a las propuestas de convenio (o votación en contra en la tramitación escrita) o son presentadas estas por los propios acreedores para su consideración en junta (arts. 351, 359, 375.2 *in fine*, 338 y 339 TRLC, respectivamente). Sobre la cuestión, en relación a la LC, vid. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 184», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2745 a 2747.

¹¹¹ Como apuntara RAMÍREZ, el concepto de parte en la institución concursal ha generado grandes discrepancias a nivel doctrinal. En la doctrina clásica encontramos posiciones antagónicas, desde aquellos que atribuyen tal significación al deudor y a los acreedores, con extensión a determinados terceros, hasta los que niegan la existencia de verdaderas partes en el proceso concursal (en *La quiebra. Derecho concursal español*, cit., tomo I, 1959, p. 90). Para un breve repaso por algunas de estas opiniones doctrinales, vid. esta misma obra de RAMÍREZ, pp. 92 a 96.

enturbia una afirmación general de concurrencia de dos partes, como la sostenida *supra*, que sí es predicable, en cambio, con toda claridad, respecto a cada concreto incidente concursal.

Nótese que el TRLC reúne normas, destacadamente los arts. 534 a 541, que constatan la participación de este principio. Así, se parte de tal contradicción en el principal cauce que diseña el texto concursal para la resolución de las distintas cuestiones que el concurso atiende: «En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda» (art. 534.1 TRLC)¹¹².

Esta regla, proyección de lo dispuesto en la LEC con carácter general, viene acompañada, a renglón seguido, de una destacada relajación de las reglas aplicables para su adaptación a la especial fisonomía del concurso. De esta suerte, la delimitación de la parte pasiva no queda supeditada a la exclusiva voluntad del actor concretada en su demanda *ex* arts. 536.1 TRLC y 399 LEC (a pesar del art. 534.1 TRLC), sino que resulta ampliada en aras a lograr aquel acomodo (cfr. arts. 534.2 y 509 a 514 TRLC)¹¹³. De otro lado, la parte activa queda definida con la interposición de la demanda, siendo de aplicación las previsiones generales de postulación y legitimación recogidas en los

¹¹² Como afirma SENÉS MOTILLA, respecto al antiguo art. 193 LC, se trata de un precepto de aplicación general extensible a todos los incidentes, con independencia de la fase en la que se susciten, de la modalidad del incidente (común o laboral), e, incluso, en lo que hace al régimen de intervención, de la instancia en la que se sustancien (segunda instancia y recursos extraordinarios) -en «Comentario al artículo 193», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2808-.

¹¹³ Esta ampliación se produce respecto a sujetos personados en el concurso que mantienen un interés o han realizado una actuación (v.gr., un voto o un pago) determinantes de un resultado que combate quien promueve el incidente -cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1947-. En este sentido, en la determinación de la parte pasiva adquiere relevancia jurídica el contenido material de la intervención de aquellos sujetos distintos de los formalmente demandados -cfr. SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 193», cit., p. 2809-, aun cuando el actual 534.1 TRLC suprime el último inciso que contenía en el antiguo art. 193.1 LC -«se considerarán partes demandadas (...) cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora»-, con adaptación del art. 534.2 TRLC.

No obstante, esta extensión de la posición de parte pasiva es, en ocasiones, supeditada al cumplimiento de determinadas cargas. De este modo, en el incidente que acumule demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes se establece que «las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención» (art. 537 TRLC).

Sin perjuicio de lo anterior, aun concurriendo aquel aligeramiento en la carga de identificación de los sujetos a quien se dirige la demanda, el TRLC impone -expresa o implícitamente- determinados supuestos de litisconsorcio pasivo necesario (v.gr., 109 y 233 y 238.2). En estos casos, la demanda se deberá dirigir frente al deudor y frente a terceros sujetos. Sobre la cuestión, en relación a la LC, HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», cit., pp. 1947 y 1948, y SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 193», cit., p. 2808.

arts. 509 a 514 TRLC, así como las concretas reglas que sobre esta última contempla el TRLC (entre otras, arts. 72.1, 109.1, 131, 231, 232, 297.1, 382, 384 y 402).

Asimismo, la dualidad de posiciones descrita no es atribuida necesariamente a deudor y acreedores. Junto a estos y actuando en defensa de un interés distinto se reconoce un amplio elenco de sujetos intervinientes (arts. 509, 512.3, 514 y 534.2 TRLC). Especial mención merece la posición de la administración concursal. Generalmente, esta actuará en defensa del interés del concurso¹¹⁴, bajo supervisión judicial, con neutralidad respecto al interés de deudor y acreedores en el proceso¹¹⁵, según lo exija aquella tutela.

b. El principio de contradicción en el proceso concursal

Expuesto lo anterior, huelga afirmar que el principio de contradicción constituye un principio esencial del proceso concursal¹¹⁶.

¹¹⁴ El interés del concurso está en parte objetivado (en este sentido, con alusión al interés de la masa, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., p. 1885) lo que permite a la administración concursal tomar decisiones -accionar y formular resistencias- con fundamento en este interés; también al órgano jurisdiccional controlar que la actuación de la administración concursal se desarrolla tomando como piedra angular aquel interés. Sin perjuicio de que, como regla general, la administración concursal actúe en defensa del interés del concurso, podemos identificar algunos supuestos en los que el administrador o administradores proceden defendiendo sus propios derechos e intereses. En particular, así ocurre en los procesos en que se ejerciten acciones de responsabilidad frente al administrador concursal consecuencia de su actuación en el concurso (art. 94 TRLC), así como en las discusiones que, en orden a determinar su retribución, pueden tener lugar en el seno del mismo (cfr. art. 89 TRLC, ya con la interposición del recurso de apelación frente al auto que fije aquella, bien oponiendo resistencias al formulado por cualquiera de las restantes personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso).

Asimismo, conviene apuntar que la tutela del interés del concurso no es atribuida, en exclusiva, a la administración concursal. Por cuanto su tutela por el órgano de administración no garantiza su acierto, el TRLC diseña mecanismos a disposición de los acreedores para corregir cualquier eventual desviación (v.gr., arts. 94.1, 109.2, 122, 232, 238.2, 461.1 *in fine* y 476 TRLC -en este último precepto se extiende también a cualquier otro legitimado-). De igual modo ocurre en el régimen de intervención, donde la protección del interés del concurso es compartida entre deudor (v.gr., art. 119.1 TRLC) y administración concursal (v.gr., arts. 136.3, 231 y 239 TRLC), concediéndose a esta última la supervisión de la actuación del deudor con el fin de garantizar la realización del interés referido y con posibilidad de accionar ante la negación del deudor a hacerlo, siempre que cuente con la preceptiva autorización del juez (art. 119.2 TRLC). Sobre la cuestión nos detendremos en distintos pasajes de este trabajo (Capítulos V a VIII).

¹¹⁵ O de otros sujetos (v.gr., el adquirente de un bien cuya reintegración se persigue). Se destaca en texto a deudor y a acreedores para evidenciar que estos y administración concursal responden a un interés distinto (incluso los acreedores pueden presentar, en ocasiones, intereses contrapuestos). La posición procesal de cada uno será dispar atendiendo a la concreta situación jurídica en juego en defensa de su interés.

¹¹⁶ Algunos autores subsumen el principio de contradicción dentro del principio de dualidad por cuanto la finalidad de este último es precisamente garantizar la contradicción. Entre otros, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 1987, p. 296; y ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA y GIMENO SENDRA), vol. I, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 271 y ss.

Adviértase que se trata de un proceso que, destinado a satisfacer a los acreedores, precisa de la resolución de un conjunto de pretensiones procesales en las que el debate contradictorio tiene alcance constitucional (art. 24 Constitución Española -en adelante, CE-).

En aplicación del principio contradictorio, siguiendo a ORTELLS RAMOS, las peticiones, aportaciones y pruebas de las partes han de poder ser conocidas por las contrarias, con posibilidad de oponerse a ellas; asimismo, el órgano jurisdiccional debe dar audiencia a las partes cuando se trate de potestades que deba aquel ejercer de oficio¹¹⁷.

La participación de este principio en el proceso concursal no presenta excepción.

De un lado, la Ley garantiza una real contraposición de intereses con reconocimiento de la calidad de parte a un variado número de sujetos (arts. 509, 512 y 514 TRLC), a los que se dota de los derechos, facultades, deberes y cargas procesales inherentes a tal condición (arts. 534 a 551 TRLC)¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr. ORTELLS RAMOS, «Capítulo 4», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 94.

¹¹⁸ El estatuto de parte es también extensible a toda persona que hubiere comparecido en el concurso, que podrá intervenir conforme al régimen establecido en la LEC (art. 534.2 TRLC). El TRLC corrige así, con acierto, la equívoca dicción empleada en el derogado art. 193.2 LC: «Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria». Este precepto contenía una incoherencia al atribuir, de un lado, autonomía a cualquier persona que se hubiera personado en el procedimiento conforme a las reglas generales, dotándola, por tanto, del estatuto de parte, y, de otro, afirmando que lo haría como mero coadyuvante del actor o demandado originario. Esto es, se otorgaba un régimen dual al interviniente, que devenía al mismo tiempo adhesivo simple y litisconsorcial.

El desacierto de la fórmula legal empleada en el art. 193.2 LC ha sido enmendado con apoyo en el art. 13 LEC, de aplicación supletoria (art. 521 TRLC). Sobre la base de este precepto, el que acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito podrá ser admitido como demandante o demandado (art. 13.1), adquiriendo la consideración de parte a todos los efectos (art. 13.3). Sin embargo, el tratamiento que dispensa el art. 13 LEC a la intervención adhesiva simple no es unánime en la doctrina. Frente a quien niega que nuestra vigente LEC no contempla la figura del interviniente adhesivo simple (entre otros, HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», cit., p. 1949), encontramos autores que defiende que el art. 13 LEC acoge tanto la intervención adhesiva simple como la litisconsorcial -vid. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., (con DE LA OLIVA SANTOS), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 217; ORTELLS RAMOS, «Capítulo 7», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 151 y ss.-. Nos adherimos a esta segunda corriente doctrinal. El proceso concursal acoge escenarios que constatan la necesidad de distinguir entre ambas figuras, fundamentalmente en atención a las distintas facultades que adquiere el interviniente. Así ocurre, por ejemplo, en relación al acreedor interviniente en los incidentes de reintegración concursal instados por la administración concursal y de calificación. Sobre la cuestión, con apoyo jurisprudencial, vid. nota al pie 551.

La remisión generalizada al incidente concursal común -y laboral ex arts. 541.1 TRLC- asegura el contradictorio de las partes personadas, con conocimiento del objeto del proceso y plenas posibilidades de alegación y práctica de prueba (arts. 536 a 541 TRLC; también, arts. 534 y 544 a 551 TRLC). De igual modo ocurre con el resto de cuestiones cuya resolución sigue trámites distintos a los previstos en el incidente concursal (v.gr., arts. 13 y ss., 99, 311.5, 492.2, 499 y 518 TRLC).

De este modo hallamos la presencia del contradictorio para la resolución de cualquier pretensión procesal en todas las fases del concurso¹¹⁹: sea en la fase común¹²⁰, de convenio¹²¹, de liquidación¹²², de calificación¹²³, así como, con carácter general, en otros incidentes¹²⁴.

Respecto al interés directo y legítimo, debe presumirse en aquellos sujetos que ya estuvieran personados en el concurso; para el resto, será necesario su acreditación previa audiencia de las partes (arts. 534.2 TRLC y 13.2 LEC).

Sobre la cuestión, en relación a la LC, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», cit., pp. 1948 y 1949, y SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 193», cit., pp. 2809-2810.

¹¹⁹ Como referimos en texto, la forma contradictoria también se observa en la fase previa, destinada a determinar si concurren los presupuestos para la declaración de concurso. Especialmente, vid. arts. 14.2.2º, 20 a 25 TRLC, en los que se contempla el emplazamiento al deudor, con traslado de la solicitud de declaración de concurso formulada por un sujeto legitimado distinto a este y por un hecho diferente a los contemplados en el art. 14.2.1º TRLC, con posibilidad de plantear oposición (o allanarse) y proposición de los medios de prueba de que intente valerse. Formulada oposición por el deudor, se citará a las partes a una vista en la que se llevará a cabo la práctica de las pruebas pertinentes (art. 21 TRLC). Tanto en relación al apartado 1º como 2º del art. 14.2 TRLC, vid. las posibilidades de impugnación que contempla el art. 25 TRLC.

¹²⁰ Entre otras, se garantiza el contradictorio en las siguientes actuaciones: en la anulación de los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas (art. 109.3 TRLC), la decisión sobre la prohibición de compensación (art. 153.3 TRLC), la resolución de contratos con obligaciones recíprocas (art. 165 TRLC), la resolución del contrato por incumplimiento (art. 162 TRLC), la modificación sustancial de los contratos de trabajo (arts. 182 y 541.1 TRLC), la impugnación de la decisión de extinción o suspensión de los contratos de alta dirección (art. 541.1 TRLC), la oposición a la rehabilitación de los contratos de préstamos y demás de crédito a favor del concursado (art. 166.3 TRLC), la oposición a la rehabilitación de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 167 TRLC), la oposición a la enervación del desahucio y la rehabilitación de los contratos de arrendamiento (art. 168 TRLC), las acciones rescisorias y demás de impugnación (arts. 234 y 238.2 TRLC), la impugnación de la decisión sobre saldos acreedores de cuentas (art. 197.2 TRLC), la decisión denegatoria de separación de un bien (art. 239.2 TRLC), la impugnación del inventario y la lista de acreedores (art. 300 TRLC; en procedimiento abreviado, vid. art. 526 TRLC, con subsistencia de algunos problemas ya apuntados respecto a la LC por HERRERO PEREZAGUA, «Procedimiento abreviado», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 2430 y 2431), la oposición ante la decisión sobre créditos comunicados extemporáneamente (art. 305 TRLC) y la decisión denegatoria de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores (art. 311.4 y 5 TRLC).

¹²¹ También concurre el contradictorio en la oposición a la aprobación del convenio (arts. 382 y 384 y 386 TRLC; en el procedimiento abreviado, vid. art. 529.3-III TRLC) y en la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio (art. 403.2 TRLC).

¹²² Al margen de los incidentes que en esta pueden tener lugar comunes al resto de fases (vid. algunos de ellos en la nota al pie 120), en la fase de liquidación también se observa la participación del principio de contradicción en la elaboración del plan de liquidación, si bien, por el concreto cometido en que consiste, limitado a la formulación de observaciones y propuestas de modificación de deudor,

Incluso respecto a aquellas potestades que son ejercidas de oficio por el juez, se concede audiencia al concursado (v.gr., arts. 108.1, 114.1, 123.3, 120.4-I, 170.1, 194.2, 335.2, 408 y 418.1 TRLC), a administración concursal (v.gr., arts. 123.3, 170.1, 194.2 y 427.2 TRLC), a acreedores (v.gr., arts. 143.2, 418.1, 499.2 y 530.2 TRLC), a representantes de los trabajadores (v.gr., arts. 114.1, 170.1, 220, 342 y 418.1 TRLC) y al resto de sujetos afectados (v.gr., arts. 120.4-I, 194.2 y 518.2 TRLC), con conocimiento del objeto del proceso y posibilidad de formular alegaciones.

En cualquier caso, sin necesidad de concreta previsión, deudor y administración concursal tienen garantizado este conocimiento dado el preceptivo traslado de actuaciones y audiencia que consagra para ambos el art. 509 TRLC, y, destacadamente para esta última, el art. 511 TRLC.

La contradicción descrita no solo es formal. Como es consustancial a la idea de proceso¹²⁵, no hallamos en el concurso ni un solo supuesto en el que una persona actúe con doble calidad jurídica en un mismo incidente.

De esta suerte, incluso el deudor, del que tradicionalmente se ha afirmado que tiene limitada su capacidad¹²⁶, goza de plena autonomía procesal en el régimen de suspensión de sus facultades de administración y disposición patrimonial (art. 106.2 TRLC), pudiendo personarse y defenderse de forma separada *ex art.* 121 TRLC en los procedimientos en trámite en los que opera su “sustitución” (art. 120.2 TRLC) o en los nuevos que promueva la administración concursal (art. 120.1 TRLC)¹²⁷. De igual modo

acreedores y, si existieran, representantes de los trabajadores (art. 418.1 TRLC; en el procedimiento abreviado, vid. art. 530.2 TRLC).

¹²³ Observamos la participación del contradictorio en la decisión sobre el carácter culpable del concurso y su oposición (arts. 450.2 y 3 y 451.1 TRLC), así como en la impugnación de la sentencia de calificación (art. 460 TRLC).

¹²⁴ Aparece también el contradictorio en las siguientes actuaciones: la recusación de los administradores concursales (art. 74.2 TRLC), la impugnación de la retribución (art. 89 TRLC), la determinación de su responsabilidad (art. 99 TRLC), la impugnación de la decisión sobre la separación del cargo (arts. 100 y 103 TRLC), la oposición a la conclusión del concurso (arts. 469, 475, 477 y 479 TRLC), la oposición a la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho y, en su caso, al plan de pagos presentado (arts. 490.2 y 496 TRLC, respectivamente), la impugnación del nuevo inventario y lista de acreedores en caso de reapertura (arts. 507.4 TRLC) y la oposición a la rendición de cuentas formulada por la administración concursal (arts. 102.3 y 479 TRLC).

¹²⁵ Como señalara GÓMEZ ORBANEJA, las partes del proceso han de ser siempre distintas entre sí: «Nadie puede pleitear consigo mismo, ni siquiera como representante del contrario, o como litisconsorte o coadyuvante de su enemigo (...)» -en *Derecho Procesal Civil*, cit., 1979, p. 123-. El fundamento de ello es garantizar el examen exhaustivo del objeto del proceso y de los datos relevantes para decidir sobre él (cfr. ORTELLS RAMOS, «Capítulo 4», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 94).

¹²⁶ Sobre la cuestión, vid. *infra* Capítulo IV.

¹²⁷ Este régimen legal, previsto para los supuestos en los que se decreta la suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial (art. 106.2 TRLC), es diverso al contemplado para

y al margen del régimen decretado, puede el concursado formular resistencias con idéntica independencia frente a las demandas que se dirijan contra él (v.gr., en la anulación de actos *ex art.* 109 y 233, 234 y 238.2 TRLC) y accionar u oponerse, en determinados supuestos, para la protección de sus derechos (v.gr., arts. 297.1 y 311.4 y 5 TRLC); también para garantizar que la administración concursal acomode su actuación a las potestades que le son conferidas con posibilidad de alegación y prueba de las infracciones cometidas (v.gr., art. 102 y 479 TRLC).

De otro lado, la contradicción es reforzada con un severo régimen de llamamiento destinado a garantizar que el deudor y el resto de sujetos frente a los que se dirija una eventual demanda tengan conocimiento de ello con posibilidades de contradicción, y, en su caso, de intervención en la práctica de prueba. Destacadamente frente al deudor, el legislador presta un especial celo: sea en la declaración de concurso (arts. 14.2.2º y 16 TRLC), sea en el resto de actuaciones que se suceden tras la declaración (con carácter general, arts. 509, 536.3 y 541.4 TRLC; en concreto, v.gr., arts. 165.2, 170.1, 182, 289.1 y 2, 360.2, 450.2, 477.3, 482, 507.4 y 479.1 TRLC). Respecto al resto de sujetos, dada su pluralidad y la fisonomía propia del concurso, presenta una especial importancia la publicidad que estipulan los arts. 35 a 37, 552 a 566 TRLC, al margen de los concretos emplazamientos y notificaciones que practique el juez o el letrado de la administración de justicia (con carácter general, arts. 536.3 y 541.4 TRLC; en concreto, v.gr., arts. 165, 170.1, 182, 360.2, 450.2, 477.3, 482 y 479.1 TRLC) y la comunicación electrónica o telemática individualizada prevista en la Ley,

el régimen de intervención (art. 106.1 TRLC). En este último, por cuanto la tutela del interés del concurso es conferida inicialmente al deudor, su actuación procesal es vigilada por la administración concursal; el deudor «necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas, interponer recursos, desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa» (art. 119.1 TRLC). Cuestión distinta es que la administración concursal, al amparo del art. 119.2 TRLC, interponga la pertinente acción. En esta hipótesis deviene aplicable el art. 121 TRLC con posibilidad del deudor de intervención en el pleito a través de una representación y defensa separadas.

En las fases de convenio y liquidación parece perpetuarse, al menos parcialmente, el régimen legal descrito. En ambas resultan de aplicación los efectos establecidos en el título III de la LC (arts. 306.3 y 411 y 413.1 TRLC, respectivamente). Concretamente, en la fase de convenio este régimen debe ser tenido en cuenta incluso aprobado el convenio en sentencia (momento en el que cesan los efectos de la declaración de concurso *ex art.* 394.1 TRLC), dada la atribución, sin excepción, de legitimación a la administración concursal para continuar los incidentes en curso (art. 395.3 TRLC). En la fase de liquidación, es aplicable el régimen de suspensión (art. 413.1 TRLC), con cese de los administradores o liquidadores de la persona jurídica que serán sustituidos por la administración concursal «sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte» (art. 413.3 *in fine* TRLC).

Finalmente, conviene advertir que la facultad de personación y defensa separada reconocida al deudor en tales procesos está sometida a concretas exigencias de capacidad económica en los términos del art. 121 TRLC. Al respecto, vid. *infra* Capítulo VIII.

destacadamente respecto a los acreedores (v.gr., arts. 252.2, 289.1 y 2, 304, 349.1, 424.2 y 507.4 TRLC).

c. El principio de igualdad en el proceso concursal

El fin al que se destina el proceso concursal, el deber de prestación que entraña su declaración y la general sujeción patrimonial que ejerce el órgano jurisdiccional sobre el patrimonio del deudor sitúan a este en una posición de subordinación.

Esta afirmación general, sin embargo, debe ser matizada. Como sabemos, el proceso concursal no persigue adaptar la realidad a lo dispuesto en un título ejecutivo, con prevalencia de la posición de la parte ejecutante sobre la de la parte ejecutada. La actividad concursal es más variada, lo que exige discriminar entre las distintas actuaciones a desarrollar para, en atención a su naturaleza, determinar la concreta participación del principio de igualdad y la posición jurídica del deudor.

En efecto, la destacada actividad declarativa que comprende el concurso (v.gr., en la declaración del concurso, en la formación de las masas activa y pasiva o en la confección del convenio), requiere *a priori* dotar al deudor de iguales posibilidades de participación en el proceso que al resto de partes, en aras a facilitar la protección de sus intereses. Esta posición de igualdad, sin embargo, sufre serios envites desde la constitución de la nueva situación jurídica.

En primer lugar, no hay igualdad de trato en lo que hace al derecho de acción del deudor; al menos, en aplicación del régimen general estipulado en los arts. 119 a 121 TRLC. En efecto, desde la declaración del concurso, en lo que tocante al patrimonio concursal, se limita -total o parcialmente- al concursado el ejercicio del derecho subjetivo público de estimular un proceso para obtener una tutela judicial determinada y concreta. De manera absoluta en el régimen de suspensión de sus facultades patrimoniales (arts. 106.2, 120.1 y 2, y 140.2 TRLC); de manera parcial, en tanto es necesaria la autorización de la administración concursal, en el régimen de intervención (arts. 106.1, 119.1 y 140.2 TRLC)¹²⁸.

¹²⁸ Al respecto, vid. *infra* Capítulo VIII.

En el régimen de suspensión, es la administración concursal quien asume «la presentación de demandas y la interposición de recursos»¹²⁹ (art. 120.1 TRLC)¹³⁰ y la actuación por “sustitución” (sic) del deudor -«actuando en interés del concurso pero en representación del concursado»- en los procesos judiciales y procedimientos arbitrales y de mediación en trámite al momento de la declaración del concurso (arts. 120.2 y 140.2 TRLC). Una vez instado el proceso por la administración concursal, el original derecho de acción del deudor queda reemplazado, en consecuencia, por el reconocimiento de un derecho de representación y defensa separada en juicio cuya real efectividad queda supeditada a la concurrencia de garantía suficiente de que los gastos de su actuación procesal no recaerán sobre la masa activa del concurso (arts. 121 y 140.2 TRLC; vid. asimismo art. 242.3º y 4º TRLC). En esta condicionada facultad de intervención del concursado en el proceso también se advierten las modulaciones que padece el principio de igualdad.

En el régimen de intervención, se observan importantes restricciones al derecho de acción. De un lado, el deudor precisa la autorización de la administración concursal para presentar demandas e interponer recursos (art. 119.1 TRLC), lo que comporta una subordinación al criterio de oportunidad decidido por esta según las circunstancias del caso. De otro, si la administración concursal estimara conveniente al interés del concurso la formulación de una demanda y el deudor se negara a ello, el juez puede autorizar su interposición (art. 119.2 TRLC), con atribución del derecho de acción a la administración concursal.

En segundo lugar, durante el desarrollo de estos procesos se observan desigualdades en las posibilidades y derechos de los que goza el deudor respecto al resto de partes. Destacan las facultades en relación a la oportunidad de desistir, allanarse o transigir del concursado que, en el régimen de intervención, forzosamente ha de contar con el beneplácito de la administración concursal (arts. 119.1¹³¹ y 140.2 TRLC),

¹²⁹ El derogado art. 54.1 LC con mejorable técnica rezaba: «corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal».

¹³⁰ A salvo quedan *ex art.* 120.3 TRLC las «acciones de índole personal» que se ejerciten en los procedimientos civiles, en los que el deudor necesita de la autorización de la administración concursal para interponer demandas, recursos o para allanarse, transigir o desistir, si por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte puede afectar a la masa activa.

¹³¹ El TRLC resuelve las dudas existentes en el antiguo art. 54.2 LC, que guardaba silencio respecto a la necesidad de autorización de la administración concursal para realizar actos de disposición del objeto del proceso, a diferencia de lo que ocurría en el art. 51.3 LC destinado a los procesos judiciales en trámite. Dada la identidad de razón concurrente entre ambos supuestos de hecho, hay quien ya sugería una extensión de tal exigencia, aplicando analógicamente el art. 51.3 LC -en tal sentido, vid. BELLIDO

y, en el régimen de suspensión, directamente le es vetada al deudor -al que exclusivamente se le presta audiencia- a favor de la administración concursal con autorización del juez (arts. 120.4 y 140.2 TRLC). Estas entroncan y constituyen manifestaciones de la restricción que padece el principio dispositivo en el proceso concursal, sobre las que nos pronunciaremos más adelante.

Ahora bien, el régimen legal descrito y aplicable al deudor confronta con la posición jurídica que le es reconocida en el resto de incidentes y procesos en los que se sustancian tutelas declarativas. En estas, siempre que la intervención del deudor «sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa» (art. 242.3º TRLC), se dota al concursado de plenas facultades para el ejercicio de su derecho de acción y defensa en juicio; también se le otorgan completas posibilidades de alegación, prueba y recursos, con sometimiento a las cargas inherentes a la condición de parte¹³² (v.gr., arts. 72.1, 89, 98.1, 100.1, 102.3, 103.2, 109, 123.2 y 3, 165, 171.1, 182, 186.1, 233, 297 y 300, 311.4 y 5, 333, 336 a 339, 382.2, 401.1, 403, 406 a 408, 418.1, 469.1, 451.1, 471, 475.1, 477, 479, 481, 490.2, 492, 507.4, 518.2 y 4, 529.3-III y 551.2 TRLC)¹³³. Ténganse en cuenta, además, las facultades genéricas que se reconocen al deudor como parte (art. 509 y 510 TRLC) en la promoción de incidentes, en la formulación de peticiones o resistencias y en la interposición de recursos (arts. 532 a 551 TRLC). En todos estos supuestos, en confrontación con el régimen descrito *supra*, el TRLC garantiza la comparecencia y

PENADÉS, «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1025-. Sobre la cuestión, vid. *infra* capítulo VIII.

¹³² La atribución de la condición de parte al deudor desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso, a instancia propia o de cualquier otro legitimado (arts. 10.2, 14.1 y 2 TRLC), no excluye su carga de comparecer ante el órgano jurisdiccional cuando es emplazado para ello. Nótese que la no comparecencia lleva aparejada la declaración de concurso (arts. 19.2 y 22.2 TRLC), y, en aplicación del régimen general, la declaración de rebeldía (arts. 497 y 498 LEC) -en igual sentido, respecto a la LC, SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 184», cit., p. 2736-.

De mantenerse la situación de rebeldía y a pesar del art. 509 TRLC, que atribuye al deudor la condición de parte «sin necesidad de comparecencia en forma», entendemos que, en aplicación del régimen de la LEC (arts. 497 y 498 LEC), no procederá el traslado de los escritos y pretensiones que se deduzcan en las distintas secciones del concurso -de esta opinión, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., p. 1884-. Con todo, esta afirmación requiere de importantes matizaciones. Por ejemplo, la demanda interpuesta por la administración concursal para la reintegración de bienes a la masa forzosamente deberá dirigirse contra el deudor, lo que conlleva un nuevo emplazamiento, con entrega de copia de la demanda, para su contestación en el plazo de diez días (art. 536.3 TRLC).

¹³³ De este modo ocurre también en el procedimiento previsto para resolver sobre la procedencia de la declaración de concurso. Vid. arts. 3.1, 5.1, 51.1, 19 y 20 y 25.2 TRLC.

actuación del deudor con dotación de una representación y defensa técnica con cargo a la masa (vid. arts. 242.3¹³⁴ y 4º y 510 TRLC)¹³⁵.

El estatuto de parte reconocido al deudor y al resto de sujetos que actúan en tal condición en el concurso (arts. 509, 514 y 534 TRLC) contiene, pues, en los incidentes destinados a la declaración del derecho, situaciones jurídicas activas y pasivas que garantizan, junto al principio de contradicción y con las limitaciones descritas respecto al concursado, plenas posibilidades de alegación, prueba e impugnación.

Lo expuesto respecto al deudor en los concretos incidentes en los que se dispensa tutela declarativa debe contraponerse con determinadas circunstancias que enfatizan, con carácter general, la posición pasiva de aquel y evidencian la especial sujeción patrimonial a la que se haya doblegado.

En primer término, en aras a garantizar la funcionalidad del propio concurso y al margen del régimen de suspensión o intervención decretado, se dota al órgano jurisdiccional de la potestad de graduar determinados derechos fundamentales del deudor, adecuándolos a las circunstancias del caso concreto. Así sucede con la intervención de las comunicaciones, la imposición del deber de residencia y la entrada en el domicilio del deudor -EM (I) y art. 1 LORC-. Asimismo se contempla el arresto domiciliario, aunque como una medida extrema, en aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de residencia, se incumpla la prohibición de ausentarse sin autorización judicial o existan motivos fundados para temer que lo haga -EM (I) LC y art. 1.1.2ª LORC-.

En segundo término, la declaración de concurso comporta el sometimiento del concursado a un conjunto de deberes de imperativa observancia, concurrentes en distintos estadios del concurso (v.gr., arts. 28.2, 134.1, 135.1, 362.1, 394.2, 400 y 407.1 TRLC; vid. art. 1.1.2º LORC).

¹³⁴ Se excluyen expresamente de su consideración como créditos contra la masa las costas y gastos judiciales del deudor ocasionados por los recursos que se interpongan contra las resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas (art. 242.3º *in fine* TRLC).

¹³⁵ Como ha señalado SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», *La liquidación de la masa activa*, VI Congreso español de Derecho de la insolvencia “In memoriam Emilio Beltrán” (Dirs. ROJO/QUIJANO/CAMPUZANO), 2014, Aranzadi Thomson Reuters, p. 321: «el derecho de defensa del deudor *en el procedimiento concursal* no puede -no debe- tener más límite que la actuación conforme a la buena fe, y el consiguiente rechazo de las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal (artículos 11 LOPJ; 247 LEC)».

Y, por último, la destacada posición pasiva que ocupa el deudor se constata en diversas fases del concurso, más allá de las concretas restricciones operantes desde la declaración de concurso. En efecto, decretada la aprobación judicial del convenio (art. 393 TRLC), definidas las concretas reglas de liquidación (sea con la aprobación de un plan *ex* arts. 416 y ss. TRLC sea en aplicación de las reglas supletorias de los arts. 421 y 422 TRLC), e, incluso, en la fase de calificación (de acordarse su apertura *ex* art. 446.1 TRLC), el estatuto de parte del deudor contiene, principalmente, situaciones pasivas y de subordinación.

En la fase de convenio, podríamos afirmar que tal sometimiento es moderado. Tras la aprobación del convenio y durante su ejecución, la sujeción del deudor puede resultar aliviada en atención a lo acordado por este y acreedores (arts. 321.1 y 322 TRLC), con exclusión de la legitimación que conserva la administración concursal para la continuación de los incidentes en curso (art. 395.3 TRLC). También hayamos signos de esta moderación, como una excepción a la privación de legitimación, en la posibilidad que se reconoce al deudor de solicitar la declaración de cumplimiento del convenio (art. 401.1 TRLC).

En la liquidación patrimonial, la sujeción se intensifica. Con la materialización de lo dispuesto en el plan de liquidación y/o en las reglas supletorias aplicables, se instaura el régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, con privación del derecho de acción y de la legitimación en los procesos judiciales con trascendencia en la masa concursal (arts. 413.1 TRLC en relación con los arts. 106.2, 120.1 y 2, 140.2 TRLC).

Asimismo, en la fase de liquidación las posibilidades de actuación del concursado quedan notablemente mermadas. Su actividad queda limitada, de un lado, a una eventual impugnación de las infracciones cometidas por el órgano jurisdiccional, letrado de la administración de justicia o administración concursal, sea en el ejercicio de las potestades de ordenación legal sea en el desarrollo de las potestades de liquidación encomendadas; y, de otro, en las posibilidades de objeción que puede hacer valer al informe final de liquidación o a la rendición de cuentas formulada por la administración concursal (arts. 469 y 479.1 TRLC). En todo caso, se trata de una actuación asentada en la desigualdad. Su ejercicio por el deudor es posterior al desarrollo de las actividades de

liquidación, sin suspensión, en caso de impugnación y como regla general, de su eficacia.

Finalmente, la fase de calificación se haya participada por los principios de igualdad y contradicción, con reconocimiento al deudor de plenas facultades de defensa (arts. 450 y 451 LC). Por la propia finalidad a la que se destina esta fase de calificación, sin embargo, el deudor se haya en una posición eminentemente pasiva. De esta suerte, tanto en la evaluación y calificación de la actuación del deudor en relación a la generación de su estado de insolvencia, como en la determinación de las consecuencias jurídicas asociadas a una calificación culpable del concurso, el deudor solo podrá formular resistencias; ahora bien, con completas posibilidades de alegación y prueba (arts. 450.2 y 3 y 451 TRLC), y, en su caso, de impugnación de la sentencia dictada (art. 460 TRLC).

b) La modulación en el proceso concursal de los principios propios del proceso civil

a. Consideraciones previas para una adecuada delimitación de los principios dispositivos y de aportación de parte en el proceso concursal

Sabido que el cometido de los principios jurídico-técnicos responde a la necesidad de «ajustar máximamente el instrumento procesal a la finalidad de tutelar el Derecho objetivo y/o los derechos subjetivos»¹³⁶, la construcción procesal debe ser desigual en función de la fisonomía netamente individual o la dimensión predominantemente pública de los bienes jurídicos en juego. Ciertamente, la protección jurisdiccional que cabe reconocer cuando hablamos de bienes jurídicos generales se debe materializar en estructuras y criterios procesales que, alejados de la autonomía de la voluntad de los sujetos implicados, se cimenten en valoraciones sobre la idoneidad de tutelar aquellos bienes jurídicos; estimaciones que, por lo demás, correrán a cargo de órganos del Estado en tanto que garante y gestor del interés general¹³⁷.

Es una tarea compleja la de esclarecer la naturaleza del bien jurídico protegido en sede concursal. La dispar y heterogénea tutela jurisdiccional que dispensa el proceso concursal complica un pronunciamiento nítido sobre la cuestión.

¹³⁶ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I*, cit., p. 103.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 117.

Lo que es meridiano es que ya sea atendiendo al propósito de satisfacer a una pluralidad de acreedores sobre la base de ciertos criterios legalmente establecidos, ya en la idea de ordenar el tráfico económico y evitar potenciales peligros al resto de agentes económicos, el Estado interviene configurando un proceso que se amolda a los límites que, en su libertad negocial y autonomía de la voluntad, padece el deudor concursado como consecuencia de la declaración de concurso.

Y en la confección de las aludidas restricciones a las facultades patrimoniales del deudor, los poderes atribuidos a órgano jurisdiccional y administración concursal, en función de las necesidades del concurso, operan como un relevante elemento a valorar dada su proyección en sede procesal¹³⁸.

b. Los principios dispositivos y de aportación de parte en el proceso concursal

El principio dispositivo constituye la prolongación en el plano procesal de la libertad para ejercitar y disponer de los derechos subjetivos y de otros intereses jurídicos privados¹³⁹ que el Derecho reconoce a sus titulares¹⁴⁰. Conocida la correlación entre la facultad de disposición y el principio dispositivo, la modulación de este principio en el proceso concursal es indiscutible.

Para corroborar lo enunciado, examinaremos una noción generalmente admitida de principio dispositivo, con estudio de las principales fisuras que sufre este principio en sede concursal.

¹³⁸ La limitación en las facultades de administración y disposición del deudor y su alcance en sede procesal no limita su eficacia al proceso concursal ante el juez del concurso, o, en caso de persona natural no empresario, ante el juez de primera instancia. Muy al contrario, debemos considerar que por cuanto de la interpretación conjunta de los arts. 52, 53, 119, 120 y 136.3 TRLC no todos los procesos que afecten al patrimonio concursal se sustancian ante aquellos, la eficacia de las aludidas restricciones también repercute en los procesos que, concerniendo al patrimonio concursal, se desarrollen ante un juez distinto del que esté conociendo del concurso.

¹³⁹ Para MONTERO AROCA el reflejo procesal del derecho de propiedad privada se constata en lo que denomina “principio de oportunidad”, del que deriva, a su vez, el principio dispositivo. Para el referido autor, este principio de oportunidad se traduce: en primer lugar, en que el hecho de que proceso civil no es el único sistema posible para la actuación del derecho objetivo privado ni para la restauración del derecho subjetivo violado o desconocido, sino uno de los instrumentos previstos por el Ordenamiento jurídico para la restauración de estos en aplicación de aquel derecho; en segundo lugar, la incoación del proceso civil debe ser promovida a instancia de parte, y nunca de oficio, siendo el titular del derecho subjetivo quien debe valorar la oportunidad de su estimulación en aras a procurar su tutela por los órganos jurisdiccionales (*De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 147).

¹⁴⁰ Cfr. ORTELLS RAMOS/ARMENGOT VILAPLANA, «Los principios del proceso (I)», *Introducción al Derecho Procesal*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, p. 317.

Como ha defendido DE LA OLIVA, el principio dispositivo debe ser definido «como el criterio, derivado de la naturaleza de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye, en primer lugar, haciendo depender su existencia real y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos sobre los derechos sustantivos y materiales cuya proyección jurisdiccional se pretende y, en segundo lugar, de modo que dispongan también libremente de las oportunidades de actuación procesal abstractamente previstas en la norma jurídica»¹⁴¹.

La inicial modulación que cabe efectuar de este principio en el proceso concursal aparece ya en un primer estadio.

En una inicial aproximación nada es peculiar sobre este extremo: el proceso jurisdiccional comienza, exclusivamente, a través de petición de parte interesada que lo inste; como ilustrara el viejo aforismo *nemo iudex sine actore*. De esta suerte, deudor, acreedores o cualesquiera otros sujetos a que aluden los arts. 3, 568.1 y 3, y 695.a) TRLC¹⁴², están facultados para instar la declaración de concurso si, de concurrir los presupuestos, pretenden que sea aplicable el régimen jurídico previsto en dicha Ley.

Ahora bien, siendo inequívoco lo expuesto, la modulación del principio dispositivo se aprecia con la lectura del art. 5.1 TRLC: «el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual». De este modo, cuando el

¹⁴¹ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil I*, cit., p. 118. Por la precisión de la terminología empleada y por la disquisición de la doble acepción que manejan ORTELLS RAMOS/ARMENGOT VILAPLANA, conviene reproducir las siguientes palabras en relación al aludido principio: «Estrictamente, el principio dispositivo significa un criterio de ordenación de las facultades de iniciación del proceso y de configuración del objeto procesal, según el cual éstas deben ser atribuidas a los que se afirman titulares del derecho o del interés jurídico para los que piden la tutela judicial. Según el concepto amplio, el principio dispositivo es un principio de ámbito más general, de contenido heterogéneo, del que derivan una serie de sub-principios todos ellos caracterizados por reconocer a las partes el predominio en los más diversos aspectos de la actividad procesal (no sólo en la iniciación del proceso y la configuración de su objeto, sino también en la aportación de los hechos y de la prueba y en el condicionamiento de la dirección del proceso con sus peticiones), de modo coherente con la disponibilidad del Derecho material. El concepto estricto del principio dispositivo es el más correcto, principalmente porque expresa la diferente dependencia con el Derecho material de los distintos principios procesales. Sólo el principio dispositivo en sentido estricto, no el principio de aportación de parte, ni el principio que subordina a la instancia de las partes la dirección formal del proceso, se halla en estrecha dependencia con la naturaleza del Derecho material (...)» (en «Los principios del proceso (I)», cit., p. 315).

¹⁴² Además del deudor y los acreedores, puede instar la declaración de concurso el mediador concursal y, de tratarse de un deudor persona jurídica, junto con el órgano de administración o de liquidación, los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquella. En caso de herencia no aceptada pura y simplemente, pueden solicitar tal declaración los acreedores del deudor fallecido, sus herederos y el administrador de la herencia.

deudor se halle en tal estado (art. 2.3 TRLC), no cabe predicar libertad completa en su actuación, pues su inactividad llevará aparejada una presunción *iuris tantum* de culpabilidad (art. 444.1º TRLC) cuyas consecuencias jurídicas son, a menos que se combata la presunción, de significativa envergadura (art. 455.2 TRLC).

Por otra parte, se observa cómo el libre poder de disposición del deudor sobre lo que puede ser objeto del proceso claudica en justa equivalencia con la pérdida de la disposición de los derechos que padece en el plano material tras la declaración de concurso. Las razones que justifican la merma del principio dispositivo en sede concursal han de conectarse con el fundamento que justifica la existencia del concurso de acreedores y la especial tutela de los intereses en juego.

En efecto, el afán del Estado por articular un sistema que garantice una adecuada gestión del patrimonio concursal con el que alcanzar los propósitos a que se dirige el concurso desemboca en un detallado régimen jurídico, con instrumentos de diverso signo, cuyo hilo conductor responde a lo que el legislador ha denominado «interés del concurso»¹⁴³.

En este pasaje del trabajo no nos detendremos en delimitar los contornos de este espinoso concepto, sobre el que nos pronunciaremos más adelante. Baste señalar que, desde la constitución de la situación jurídica concursal y sobre la base del referido interés, se justifica la instauración de una batería de medidas de distinta naturaleza, entre las que cabe destacar, por su capital alcance, las apuntadas limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor concursado (intervención o suspensión) con correlativa concesión a la administración concursal, y la atribución de poderes extraordinarios a los órganos del concurso en orden a garantizar su salvaguarda.

El Estado interviene imponiendo las condiciones para la actuación del Derecho objetivo, limitando o prescindiendo de la autonomía de la voluntad del concursado¹⁴⁴.

¹⁴³ Con dispar nomenclatura, pero en referencia a una misma realidad, el TRLC -como también ocurría en la LC- emplea las fórmulas «interés del concurso» (arts. 119.2, 120.1 y 2, 128.2, 135.1, 136.3, 164, 165, 204, 232.3, 242.9º, 245.3, 281.1.7º, 417.1, 419.1, 420.1, 422.2, 444.2º), «intereses del concurso» (art. 736.1 y 2), e «interés de la masa», si bien esta última en referencia, exclusivamente, a actuaciones en sede procesal (arts. 96, 122.2, 242.3º y 4º).

¹⁴⁴ Como señalara CALAMANDREI, toda norma jurídica entraña el interés público, y, como consecuencia, es siempre público el interés en el respeto del derecho objetivo. Ahora bien, siendo cierto lo anterior, para la satisfacción de este interés, el Estado no se comporta siempre de igual modo. En efecto: «mientras en algunos casos consiente en que el derecho permanezca inobservado si no se mueve para exigir su observancia el titular del interés individual protegido (y en estos casos se podría hablar, en sentido estricto, de derecho privado), en otros casos no tolera que la inercia de los individuos deje

De esta suerte, la actividad de este último y de la administración concursal, al margen del régimen decretado (intervención o suspensión), queda subordinada a criterios objetivos de justicia, ya se encuentren reglados en el TRLC, ya hayan de ser especificados en la apreciación discrecional del caso concreto.

Así se corrobora con claridad en la fase común del proceso concursal con la lectura de los arts. 106 y ss. LC, para el ámbito sustantivo, y los arts. 119 y ss. TRLC, en el plano procesal. De igual modo ocurre en la fase de liquidación a la vista del art. 413.1 TRLC. Sin perjuicio de las especialidades que seguidamente abordaremos, conviene subrayar el destacado quehacer que, en la actuación del Derecho concursal y en la aplicación de los parámetros de justicia que plasma el TRLC, es atribuido a órgano jurisdiccional y administración concursal.

Igualmente acontece en la fase de convenio, aun con dispar método, dado el margen de actuación que se concede a acreedores y deudor. En efecto, se dota al órgano jurisdiccional de poderes excepcionales que no se restringen a la mera dirección procesal y que influyen de manera decisiva en la tutela del interés del concurso en esta fase concursal.

Respecto a la administración concursal, con carácter general, la aludida encomienda no se traduce en un mero conjunto de poderes de administración y disposición del patrimonio concursal (arts. 106.2 y 413.1 TRLC) o en el control de su ejercicio por el deudor (art. 106.1 TRLC). Más al contrario, la adecuada tutela judicial de intereses inmanente al concurso de acreedores es procurada por el ordenamiento jurídico mediante un régimen jurídico de legitimación -así rezaba expresamente el antiguo 54.1 LC- a la administración concursal, que sustrae, total o parcialmente, la tutela judicial del monopolio exclusivo del deudor concursado¹⁴⁵ (arts. 119 y 120 TRLC)¹⁴⁶.

inactuada la protección y confía, por consiguiente, a órganos propios (o, más en general, a personas diversas del individuo interesado) el oficio de vigilar y de estimular su actuación» [en *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código* (traducción de SENTÍS MELENDO), tomo I, 2ª ed., Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 130].

¹⁴⁵ Salvando las distancias, dada la naturaleza privada de la administración concursal, adquieren especial relevancia en esta sede las palabras de CALAMANDREI: «entre los poderes de disposición está comprendido también el poder de invocar la garantía jurisdiccional, la distinción entre derecho privado y derecho público en el campo sustancial se proyecta en el proceso a través de la legitimación para obrar: y se tiene, por consiguiente, acción privada cuando el poder de provocar el ejercicio de la jurisdicción está reservado de un modo exclusivo al titular del interés individual que la norma jurídica protege, y acción pública cuando tal poder es confiado por el Estado a un órgano público especial, que obra, independiente

Otra matización del principio dispositivo es lógica secuencia de la mengua que padece el concursado en su poder de disposición. El objeto del proceso no va a venir determinado, en la parte activa, por lo que la administración concursal o el deudor concursado decidan en relación con los fundamentos de hecho y de derecho que hacen valer¹⁴⁷. Ello implica, entre otras cosas, que no podrán realizar libremente actos de disposición del objeto del proceso -desistimiento, allanamiento o transacción-, cuya oportunidad precisa de un control previo: judicial, en caso de suspensión (art. 120.4 TRLC), y de la administración concursal, en caso de intervención (arts. 119.1 TRLC).

De otro lado, siguiendo un concepto amplio del principio dispositivo¹⁴⁸, no podemos reconocer una atribución exclusiva a la administración concursal o al deudor concursado, bajo la supervisión de aquella, para alegar y fijar los hechos que sean relevantes. En otras palabras, no podemos predicar una aplicación completa del denominado “principio de aportación de parte”, por cuanto el ejercicio de la referida facultad, fuera de los parámetros de justicia y criterios de oportunidad que proporciona

de todo estímulo privado, por deber de oficio» (en *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, cit., p. 275).

¹⁴⁶ En el régimen de intervención, a la vista del art. 119.1 TRLC, el deudor puede continuar, sin autorización de la administración concursal, con los procesos judiciales en trámite en el momento de la declaración de concurso.

¹⁴⁷ Y otro tanto cabe afirmar si ocupan la posición pasiva por cuanto tendrán que hacer valer, forzosamente, las excepciones que permitan desestimar las pretensiones aducidas por la actora. En este sentido, conviene recordar que, en teoría general del Derecho Procesal, las excepciones constituyen un contraderecho del demandado del que este puede disponer haciéndolo o no valer. Y en el proceso concursal, por lo expuesto, la alegación del referido contraderecho es imperativa para la administración concursal o el deudor concursado, sobre todo si aludimos a las excepciones en sentido estricto (v.gr., prescripción), en aras a lograr la protección del interés del concurso.

Adviértase que las consideraciones sobre la delimitación del objeto del proceso que desarrollamos en esta sede interesan no sólo al proceso concursal *stricto sensu* sino también a aquellos otros procesos que se sustancian ante un órgano jurisdiccional distinto de aquel que está conociendo del concurso y cuya resolución afectará a la formación del patrimonio concursal (vid. arts. 119, 120, 136, 137 y 140 TRLC).

¹⁴⁸ Como señala MONTERO AROCA se han venido confundiendo tradicionalmente dos principios distintos, aunque complementarios, dentro del principio dispositivo: de un lado, el principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositionsmaxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción; de otro, el principio de aportación de parte (o *Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen también el monopolio para aportar al proceso los elementos de hecho y la iniciativa en la proposición de los medios de prueba. Así continúa el autor: «debe recordarse que la distinción entre los principios no puede significar que el segundo se rebaje a mera consideración técnica. Hoy es frecuente en la doctrina italiana, y como reflejo en la española, que se considere que de las dos proposiciones del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* la primera, la referida a la alegación de hechos por las partes, tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por las partes, mientras que la segunda proposición, la atinente a que se debe juzgar según las pruebas propuestas por las partes, no puede tener el mismo fundamento, siendo simplemente un medio técnico con el que el juez desarrolla su actividad de decisión» (en *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 148 y nota al pie 225).

el TRLC, no goza de cobertura legal¹⁴⁹. Tampoco podemos hacerlo porque las atribuciones conferidas al órgano jurisdiccional, que en algunas fases del concurso exceden las propias de un juez civil, modulan la presencia de este principio.

Es decir, los aludidos criterios de equidad impuestos por el legislador concursal, como manifestación de la voluntad del Estado y cuya tutela es atribuida a los órganos del concurso, condicionan la rígida aplicación de los principios propios del proceso civil.

Claro está que la complejidad del concurso y la distinta tutela pretendida en cada fase nos impiden aventurarnos en afirmaciones genéricas válidas para todo el proceso concursal. Debemos atender, pues, a cada concreto estadio del concurso de acreedores para desvelar la orientación y presencia de los aludidos principios.

c. Especialidades del principio dispositivo y de aportación de parte en las fases común y de liquidación¹⁵⁰

En lo que a la fase común se refiere y, en particular, a la conservación, administración y disposición del patrimonio por parte de la administración concursal, ostentan una virtualidad destacada, de un lado, los arts. 204 y ss. TRLC -sin obviar, entre otras, su conexión con los arts. 106 y ss. y 111 y ss. TRLC, y, su proyección en sede procesal, con los arts. 119 y 120 TRLC-; y, de otro, los arts. 80 a 83, 94 a 99 y 100 TRLC. Tales preceptos resultan de aplicación general en las fases de convenio (arts. 306.3; hasta su aprobación *ex* 393 TRLC¹⁵¹) y liquidación (arts. 411 y 413.1 TRLC), salvo disposición expresa en contrario.

¹⁴⁹ Cuestión distinta es la responsabilidad derivada de una inadecuada actuación en juicio de la administración concursal o del deudor concursado con su autorización (art. 119.1 TRLC). La responsabilidad de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones es de extrema complejidad, máxime cuando los parámetros fijados por el TRLC y en los que se debe basar su actuación recae, en ocasiones, en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. La realidad aneja al concurso de acreedores, gobernada por intereses contrapuestos, desemboca en su difícil concreción y, por tanto, en su intrincada prueba.

¹⁵⁰ El tratamiento conjunto, bajo un mismo epígrafe, de la participación de estos principios en ambas fases del concurso se justifica por los similares efectos que, aun de distinta intensidad, se predicen del auto de declaración de concurso y el auto de apertura de la liquidación. Esta afirmación debe ser tomada con mucha cautela dadas las especialidades concurrentes en una y otra fase y que nos llevarán a un dispar pronunciamiento sobre la presencia de aquellos principios en las mismas.

¹⁵¹ La eficacia del convenio determinará el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, incluida la aplicación de tales criterios, quedando sustituidos por los que, en su caso, establezca el mismo (art. 394.1 TRLC).

En una superficial descripción de estas previsiones se dispone, en el primer precepto, que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa «se atenderá a la conservación de los elementos que la integran del modo más conveniente para el interés del concurso» (art. 204 TRLC)¹⁵²; en el restante cuadro normativo -ubicado, a efectos de sistemática, dentro del Capítulo II “De la administración concursal” del Libro I TRLC-, se contempla que los administradores concursales «desempeñarán el cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un leal representante» (art. 80 TRLC)¹⁵³, estarán sometidos «a la supervisión del juez

¹⁵² Entre los actos precisos para conservar los bienes se encuentran aquellos dirigidos a su defensa (arts. 119 y 120 TRLC). Entre otras actuaciones procesales, como señala MARTÍNEZ FLÓREZ, podemos referir: «la reclamación frente a los ataques procedentes de terceras personas, la interposición de un interdicto para recobrar la posesión de la que el concursado ha sido despojado ilegítimamente, la presentación de una demanda ante el impago de cantidades adeudadas o la falta de entrega del bien del concursado» -en «Comentario al artículo 43 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 893. Asimismo, resulta de interés la influencia del art. 204 TRLC para la exégesis de otros preceptos, destacadamente, los arts. 109 y 111 a 114 TRLC. Sobre los mismos, en relación a la LC (arts. 40 y 44), vid. *ibidem*, pp. 889 y ss.

¹⁵³ Sobre cómo debe ser interpretada esta diligencia hemos tenido ocasión de pronunciarnos en nuestro trabajo *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, cit., pp. 131-133. Como allí indicábamos en relación al antiguo art. 35.1 LC, siguiendo el parecer de un sector importante de la doctrina, esta diligencia debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC), por ser el único texto que, en relación a la responsabilidad de administradores societarios, se pronuncia sobre el deber de diligencia.

Para el art. 225 TRLSC el estándar de diligencia es el de un ordenado empresario. Teniendo en cuenta que el TRLC alude al término ordenado administrador, valiéndonos de la referida previsión del TRLSC, entendemos que la exigencia aplicable respecto a la actuación de la administración concursal es la de un ordenado empresario. La cuestión, empero, no es pacífica. La SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 [JUR 2009, 95813] entiende que la referencia al “ordenado administrador” no debe equipararse, *stricto sensu*, al “ordenado administrador societario”, puesto que ni realiza las mismas funciones, ni las circunstancias económico-financieras de una sociedad en concurso son las mismas que las de una sociedad *in bonis*.

Sobre la base de esta equiparación, la actuación de la administración concursal cuando opera en el ámbito mercantil se concreta en dos tipos de deberes: (I) un deber de diligencia traducible en la obligación de informarse con extremo celo, esto es, buscar información suficiente y fiable, así como vigilar e intervenir en caso de posible daño. Ahora bien, la administración concursal asume una obligación de medios y no de resultados, reconociéndosele un espacio de discrecionalidad a la hora de adoptar sus decisiones. Ello supone que, entre varias opciones, podrá escoger cualquiera que resulte razonable; y (II) un deber de lealtad en su doble dimensión, positiva y negativa. Su vertiente positiva consiste en el deber de orientar la gestión en atención a los intereses del concurso, mientras que en su perspectiva negativa se trata de no obtener ventajas ni para sí ni para terceros. Todos estos deberes deben ser ponderados, además, en función de si la administración actúa bajo el régimen de intervención o suspensión. Para la determinación de la diligencia exigible a los miembros integrantes de la administración concursal, junto a la anterior previsión contenida en el TRLSC, debemos tener en cuenta aquella diligencia que por razón de su profesión sea de obligada observancia. Así, las previstas en sus respectivos códigos deontológicos (v.gr., respecto al abogado, la diligencia exigible en el ejercicio de su actuación conforme a lo dispuesto en el art. 542 y ss. LOPJ y el Código deontológico aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002, adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio; respecto a los profesionales de la contabilidad, entre otros, el Código de ética para Profesionales de la contabilidad de julio de 2009 elaborado por IESBA – dentro de la IFAC- y traducido al español en marzo de 2010 por el Instituto de Censores Jurados de Cuentas en España; y, respecto de los economistas, el Código deontológico aprobado por el Pleno del Consejo General de Colegios de Economistas de 29 de septiembre de 2011).

del concurso» (art. 82 TRLC), «responderán frente al concursado y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia» (art. 94.1 TRLC), podrán ser separados del cargo, de oficio o a instancia de parte, «cuando concorra justa causa» (art. 100.1 TRLC), y, en fin, «no podrán adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso» (art. 208.1 TRLC)¹⁵⁴.

Del análisis de estos preceptos se infieren los criterios que tiene en cuenta el legislador para garantizar la consecución de los propósitos a que se destina la norma concursal, al menos en lo relativo a la gestión del patrimonio concursal, pero también el reproche legal que merece la administración concursal en una actuación *contra legem*.

Como veíamos, lo expuesto tiene notables consecuencias desde el punto de vista de la participación del principio dispositivo, al menos respecto a los procesos que versan sobre el patrimonio concursal. Asimismo afecta al principio de aportación de parte, pues aunque es cierto que durante la fase común corresponde a las partes la alegación de los hechos relevantes que versan sobre el objeto del proceso, la carga de su alegación ha de atender a ciertos criterios estipulados legalmente cuando se actúa en defensa de la masa. Ello evidencia la posición de garante que ostenta la administración concursal en el concurso, que debe ceñir su actividad de alegación y prueba a una conducta diligente -y, por tanto, no completamente libre- con el fin de cumplir con aquellos criterios que patrocina el TRLC, y la posición de subordinación que, cuando es decretado el régimen de intervención, ocupa el deudor respecto al interés del concurso en tales procesos¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Conviene destacar que los indicados preceptos, aun cuando están previstos para la fase común, resultan igualmente aplicables al resto de fases del concurso en tanto no se solapen con las normas que respecto a aquellas contiene, con carácter especial, el TRLC. En cualquier caso, debemos tener presente que junto a estos preceptos, hallamos otros que pueden contener específicas sanciones en relación al ejercicio de determinadas competencias por la administración concursal. Así ocurre, por ejemplo, en la fase de liquidación, con la obligación de emitir trimestralmente informe sobre el estado de las operaciones de liquidación (art. 424 TRLC) o cuando la liquidación se prolonga de manera injustificada más de un año desde la apertura de dicha fase (art. 427.1 TRLC).

¹⁵⁵ Además de la autorización en los actos realizados por el deudor (arts. 106.1 y 112 TRLC), la administración concursal está facultada para ejercitar la correspondiente acción de anulación respecto de aquellos que, realizados sin su anuencia, se reputen contrarios a las limitaciones establecidas (art. 109 TRLC). Aún más, una actividad no diligente del deudor puede ser corregida por el juez, a instancia de la

Al margen de lo expuesto, en la fase común concurren el resto de manifestaciones propias del principio de aportación de parte, recayendo, por tanto, sobre las partes la carga de alegación de los hechos, sin posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda tomar en consideración, para la resolución de las controversias, hechos no aportados por ellas¹⁵⁶.

Como sabemos, en la fase de liquidación, es de aplicación el régimen legal descrito, salvo disposición legal en contrario (art. 411 TRLC). Sin embargo, nótese que el auto de apertura de la liquidación consagra una tutela reforzada que agrava los efectos derivados de la declaración de concurso (arts. 411 y ss. TRLC) con un fin y un método: la conversión en dinero del activo concursal para la satisfacción de los acreedores por el orden y en la proporción legalmente establecidos.

Con este propósito, el legislador define el margen de actuación y los criterios que debe emplear el órgano jurisdiccional tanto para la liquidación patrimonial y la fijación de su plan rector -destacadamente, arts. 416 y ss. TRLC-, como para el pago a los acreedores -entre otros, arts. 429 y ss. TRLC-. Ello tiene lógicas consecuencias en el principio de aportación de parte.

En efecto, en esta fase y concretamente en lo que respecta al modo de liquidación, el órgano jurisdiccional ostenta una clara posición de superioridad¹⁵⁷. Según se desprende del tenor del art. 419.1 TRLC, la decisión judicial sobre la forma de

administración concursal, modificando el régimen de intervención a suspensión (art. 108.1 TRLC), o habilitando a la propia administración concursal a ejercitar la oportuna acción *ex art.* 119.2 TRLC.

¹⁵⁶ Asimismo, son de aplicación el resto de manifestaciones propias de este principio en el proceso civil: la carga de la alegación de los hechos recae sobre las partes (el demandante tiene la carga de alegar los hechos constitutivos de la pretensión; el demandado los hechos excluyentes, impeditivos y extintivos); la admisión de hechos desfavorables por la parte determina su fijación como ciertos sin necesidad de práctica de prueba; solo pueden ser practicados los medios de prueba propuestos por las partes, con el alcance que ellas precisen (carga formal de la prueba); las partes tienen la carga de comparecer y contestar en el interrogatorio de parte solicitado por la contraria, so pena de que los hechos sean reconocidos como ciertos (arts. 304 y 305 LEC), así como pronunciarse sobre la admisión, reconocimiento o impugnación de la documental aportada por la contraria (art. 427.1 LEC); las reglas de la carga material de la prueba (art. 217 LEC) determinan una distribución de responsabilidad entre las partes respecto a los hechos no probados. Sobre tales manifestaciones, con carácter general, vid. ORTELLS RAMOS, «Los principios del proceso (II)», *Introducción al Derecho Procesal*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 334 y 335.

¹⁵⁷ Este refuerzo de la posición del órgano jurisdiccional con atribuciones excepcionales destaca por su contraste con la que ostenta en la fase común. En esta última, salvo en concretos cometidos, como puede ser la autorización para la realización de determinados actos en interés del concurso (v.gr., arts. 205, 119.2 y 120.4 TRLC) o la separación del cargo de los administradores concursales (art. 100 TRLC), el órgano jurisdiccional ostenta una posición totalmente ecuaníme, limitándose a dirigir la contienda y a dictar sentencia final sobre la base de las alegaciones y la práctica de prueba deducidas a instancia de parte.

liquidación no se hace depender de la actuación de las partes. Esto es, al margen de que el deudor, los acreedores o los representantes de los trabajadores, hayan formulado observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración concursal y con independencia de su contenido, el órgano jurisdiccional goza de discrecionalidad absoluta para, atendiendo a lo que sea «conveniente para el interés del concurso», «aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias» (art. 419.1 TRLC).

La actividad alegatoria de las partes no limita, por tanto, el ejercicio de los poderes concedidos al órgano jurisdiccional en orden a valorar cualesquiera hechos que sean relevantes para decidir sobre el referido plan de realización de la masa activa.

Se trata, por lo demás, de una previsión lógica si se atiende al interés público presente en el concurso y al poder extraordinario de dirección y control efectivo que se confiere al órgano jurisdiccional para garantizar la tutela a la que se orienta el proceso concursal¹⁵⁸. Nótese que las facultades comunes reconocidas al juez civil no favorecen una actividad de esta naturaleza ni garantizan una labor de dirección material como la aquí propugnada. Así acontecía en la redacción inicial del derogado art. 148.2 LC, en la que la actuación jurisdiccional quedaba supeditada a la previa alegación de parte¹⁵⁹.

El TRLC opta por no estatuir límites al pleno conocimiento de los hechos relevantes por parte del juez que puede introducir de oficio lo que las partes hubieran dejado fuera de su consideración¹⁶⁰. Esta técnica excluye al máximo las eventuales

¹⁵⁸ Como establece la EM (IV) de la derogada LC: «La Ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le corresponderían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones».

¹⁵⁹ Según la dicción del art. 148.2 LC en el régimen instaurado en 2003, la decisión judicial sobre la forma de liquidación dependía de que se hubieran formulado observaciones o propuestas de modificación. De tal modo que, si deudor o acreedores nada indicaban, el juez debía dictar auto declarando aprobado el plan. Sobre la cuestión, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 148 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2376 y 2377. Curiosamente, en aquella redacción, una vez formulada alegación por el deudor o los acreedores concursales, el juez no limitaba su conocimiento a las alegaciones y hechos aportados por estas sino que podía introducir o modificar cualquier elemento del plan inicialmente dejado fuera de la valoración judicial. Finalmente, el art. 148.2 LC fue modificado, conservando el actual tenor, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011).

¹⁶⁰ Se observa un rol más activo del juez, en la línea de lo propugnado por un sector de la doctrina respecto al proceso civil, con adaptación de la concepción estricta del principio dispositivo. Sobre la cuestión, en clave comparada, DONDI, «Una mirada comparatista (y algo histórica) sobre la actual perniciosa obsolescencia de un papel activo del juez civil», *Justicia*, nº 2, 2020, pp. 42 y ss.; asimismo, vid. «Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil», *Justicia*, nº

carencias alegatorias de las partes, posibilitando que el órgano jurisdiccional pueda salvar errores en la actividad de parte en aras a la mejor satisfacción del interés del concurso.

Sin embargo, la obtención del plan de liquidación no es obra exclusiva del órgano jurisdiccional. Para facilitar su confección son conferidos a administración concursal, deudor y acreedores -también, si existieran, a los representantes de los trabajadores- distintos cometidos que se pueden concretar en un doble aspecto: de un lado, la administración concursal asume la elaboración del plan de liquidación en los términos del art. 147 TRLC, esto es, «atendiendo al interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores», y «siempre que sea posible (...) deberá proyectarse la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de la masa activa o de alguno de ellos»; de otro lado, deudor, acreedores y representantes de los trabajadores, son facultados para formular observaciones o propuestas de modificación (art. 418.1 TRLC), supliendo las carencias del plan presentado por la administración concursal.

Junto a la elaboración del referido plan inicial de liquidación (arts. 416 y ss. TRLC), a la administración concursal se le asigna un destacado quehacer en el correcto desarrollo de la liquidación concursal. Entre el amplio elenco de cometidos atribuidos podemos referir: la asunción de determinados deberes relativos a la elaboración de informes (art. 422.2, 424 y 468 TRLC), la realización de los bienes del haber concursal -junto al letrado de la administración de justicia-, así como el pago a los acreedores en el orden establecido legalmente (arts. 429 a 440 TRLC). Labores, todas ellas, definidas legalmente a través de normas imperativas, en ocasiones, tras una valoración de oportunidad por parte del juez¹⁶¹.

Además del régimen general aplicable a la administración concursal, como contrapeso a las amplias competencias que le son conferidas en esta fase, el TRLC prevé algunas garantías dirigidas a corregir los circunstanciales abusos en que pudieran

1, 2016, pp. 37 y ss., *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada* (con ANSANELLI/COMOGLIO), Marcial Pons, 2017, pp. 32 y ss., «Una visión partidista de los acontecimientos de la scuola italiana del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX», *Justicia*, nº 1, 2018, pp. 52 y ss., «Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos de futuro. Algunas impresiones peregrinas», *Justicia*, nº 1, 2019, p. 51. En la misma monografía citada, vid. COMOGLIO, *Procesos civiles en evolución...*, cit., pp. 56, 57 y 61 y ss.

¹⁶¹ En estas normas se define el margen de actuación y los criterios que deben emplear los órganos del concurso en la fijación del plan de liquidación y el pago a los acreedores.

incurrir esta (arts. 424, 427, 428 y 468 TRLC)¹⁶². Ciertas previsiones son similares a las otorgadas para aquellos que ejercen funciones públicas, lo que evidencia el cometido netamente público encomendado al menos en determinadas fases¹⁶³.

De lo expuesto difícilmente se puede afirmar que hay una recta participación del principio dispositivo en toda su extensión. Ni en la fase común, donde podemos afirmar que concurre un principio dispositivo formal, ni en la fase de liquidación, donde se proyectan posibilidades de actuación judicial de oficio, al menos en lo que concierne a la fijación del plan de liquidación, con relajación de la vinculación del juez a las peticiones y alegaciones de parte.

Tampoco parece que rija el principio de aportación de parte de manera completa: ni en la fase común, respecto de los procesos que versen sobre el patrimonio concursal, ni destacadamente en la fase de liquidación, al menos en la confección del plan de

¹⁶² Unido a la prohibición del administrador de adquirir bienes y derechos de la masa activa del concurso por sí o por medio de persona interpuesta, instaurada como regla general aplicable a toda fase del concurso tras el TRLC -a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art. 151 LC, limitado a la fase de liquidación-, hallamos deberes vinculados a la obligación de emitir trimestralmente informe sobre el estado de las operaciones de liquidación (art. 424 TRLC), así como la elaboración de un informe final concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y, en caso de estar en tramitación la sección sexta, tras la notificación de la sentencia de calificación (art. 468 TRLC), o llevar a cabo la liquidación en determinado tiempo, so pena de su separación cuando esta se prolonga de manera injustificada más de un año desde la apertura de la referida fase (art. 427 y 428 TRLC).

¹⁶³ En la liquidación, aunque también en otras fases del concurso (v.gr., común y de calificación), la actuación de la administración concursal está regida por una clara vocación pública. En efecto, las destacadas funciones que en la fase de liquidación le son conferidas, y la remisión contenida en los arts. 215 y 421 TRLC (vid. art. 415.3) a la subasta y al procedimiento de apremio, respectivamente, nos conducen inexorablemente a asimilar, en lo que a las tareas de enajeración se refiere, la actividad que desempeña la administración concursal a la que desarrolla el letrado de la Administración de Justicia en el proceso de ejecución singular dineraria de la LEC. De esta suerte, el cometido netamente público atribuido a este en los referidos procesos es, en nuestra opinión, plenamente trasladable al que desarrollan, en esta fase del concurso y en lo que a las operaciones de liquidación se refiere, el administrador o los administradores concursales. La invitación a trazar una identidad de razón entre los cometidos atribuidos a sendas figuras se ve reforzada con la previsión de ciertas garantías de independencia, imparcialidad, y, en definitiva, desinterés objetivo, similares a la otorgadas para aquellos que ejercen funciones públicas. De esta suerte, la encomienda a la defensa y consecución de los intereses inmanentes al concurso, la rectitud que ha de presidir la actuación de la administración concursal y la apariencia de legalidad exigible son sólidos argumentos para defender que el estatuto jurídico por el que se ha de regir la actuación de la administración concursal en la fase de liquidación debe ser el mismo que el que se contempla para quienes ostentan funciones públicas. Sobre la cuestión, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», *La liquidación concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 162 y ss., y TOMÁS TOMÁS, «La administración concursal y la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa. Aspectos controvertidos en relación al artículo 151 de la Ley Concursal», *La administración concursal* (Dir. ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 543 y ss.

liquidación, donde se modula sobremanera aquel principio dotando al órgano jurisdiccional de facultades plenas para su fijación¹⁶⁴.

d. Especialidades del principio dispositivo y de aportación de parte en la fase de convenio

La fase de convenio, por las particularidades que presenta, requiere un tratamiento separado. Ciertamente, por el cometido que cumple se dota a deudor y a acreedores de un amplio margen de actuación para alcanzar una solución convenida. Sin embargo, pese a esta expresión de la voluntad de las partes, en la fase de convenio también concurren destacadas evidencias de la acotación que padecen los principios dispositivo y de aportación de parte en el proceso concursal.

Adelantamos que esta modulación trae causa de la presencia de un interés público cuya tutela jurisdiccional debe quedar garantizada y que se proyecta en la fase de convenio dotando al órgano jurisdiccional de amplios poderes, excepcionales desde la perspectiva del proceso civil, y limitando la autonomía de la voluntad de deudor y acreedores por medio de disposiciones imperativas de obligada observancia.

Específicamente, son manifestaciones de esta restricción al principio dispositivo y al principio de aportación de parte las siguientes. En primer lugar, el estricto control de legalidad que se confiere al órgano jurisdiccional y que se hace extensible a todas las fases de elaboración del convenio -propuesta, aceptación y aprobación-. El establecimiento de normas imperativas, formales y materiales, dirigidas a deudor y a acreedores para la confección del convenio (arts. 317 y ss. TRLC) es así asegurada por el Ordenamiento jurídico mediante su fiscalización jurisdiccional (arts. 342, 344 y 392 TRLC).

Particular transcendencia reviste que el órgano jurisdiccional pueda rechazar el convenio aceptado por los acreedores y deudor para su aprobación, con independencia de la concurrencia de resistencias, dentro de los motivos que establece el art. 392 TRLC¹⁶⁵; asimismo que, en caso de que se haya formulado oposición, el órgano

¹⁶⁴ Cualesquiera otros incidentes que se sustancien en la fase de liquidación se rigen rectamente por el principio de aportación de parte en el sentido de que corresponde a las partes, en exclusiva, la alegación de los hechos relevantes para la resolución del objeto del proceso, a menos que hayan sido admitidos por la contraria, así como su prueba.

¹⁶⁵ Es discutible que el juez pueda realizar un control de legalidad más amplio que el establecido expresamente en el precepto. Desde luego se trata de una enumeración tasada que no dispone de una

jurisdiccional entienda procedente su rechazo por un motivo distinto de los alegados¹⁶⁶. Desde luego, ello es buena exhibición de que la tutela judicial de los derechos en juego no depende en exclusiva de sus titulares, o, incluso, más bien, de que concurre un interés público cuya salvaguarda condiciona y prevalece sobre los intereses particulares concurrentes¹⁶⁷.

Lo expuesto, en segundo lugar, evidencia una relajación de la vinculación del órgano jurisdiccional a las peticiones de las partes. En realidad, la actuación

cláusula de cierre que justifique aquel control más extenso. El sentido común, sin embargo, parece imponer otro criterio. Como señala CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», cit., p. 144, todas las causas o motivos contemplados en el art. 392 TRLC (de igual tenor que el art. 131 LC) son de nulidad (formal o material), lo que, a nuestro juicio, siguiendo una interpretación finalista del precepto, justificaría que cualquier otra causa de la naturaleza descrita en el precepto, aun sin pleno acomodo, pudiera ser apreciada de oficio *ex art.* 240.2 LOPJ. Con todo, conviene adoptar ciertas cautelas, pues el régimen de ineficacia de los actos procesales (arts. 238 a 243 LOPJ y arts. 225 a 231 LEC) dista de ser claro. Aunque esta consideración no es unánime en la doctrina, en rigor, procede un tratamiento procesal distinto en función del vicio determinante de la ineficacia: si es subsumible entre las causas de nulidad *ex art.* 238 LOPJ, procedería su apreciación de oficio; si, en cambio, es incardinable entre los supuestos de anulabilidad (arts. 240.1, 242 y 243.3 y 4 LOPJ), el acto solo podría ser anulado a instancia de parte. Sobre el régimen general de ineficacia, vid. ORTELLS RAMOS, «Lección 17ª. Concepto, requisitos e ineficacia de los actos procesales», *Introducción al Derecho Procesal*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 376 a 380.

Sobre la cuestión, sostiene una interpretación flexible de los motivos de rechazo de oficio enumerados en el derogado art. 131 LC (actual art. 392 TRLC), DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 128 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2144 a 2146 y «Comentario al artículo 131 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2194 a 2197. Para este autor, pese a la dicción legal, el juez puede tomar en consideración otras infracciones no expresamente previstas en la norma. A su juicio, la enumeración legal de causas de rechazo de oficio del convenio aceptado no está realizada en términos literalmente taxativos, lo que permite al juez apreciar «que se han producido infracciones de las normas legales referentes al contenido, a la tramitación y a la aceptación del convenio, aunque tales infracciones no encuentren acomodo claro en la enumeración legal de causas de rechazo (como sucedería, por ejemplo, si las declaraciones de adhesión decisivas para la aceptación del convenio hubieran sido prestadas bajo coacción o amenazas o una vez expirado el plazo previsto para ello)». En contra, por considerar que se trata de un *numerus clausus* de motivos, MORALEJO IMVERNÓN, «Comentario al artículo 131 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1445.

¹⁶⁶ Los motivos que disciplinan los arts. 383 y 384 TRLC, alegables a instancia de parte, son más amplios que los contenidos en el art. 392 TRLC. Concretamente, engloba todos los del 392 TRLC e incorpora algún otro como la inviabilidad objetiva del convenio, con reglas concretas de legitimación activa para la formulación de oposición *ex art.* 384 TRLC, no apreciable de oficio.

¹⁶⁷ En todo caso, la administración concursal ostenta legitimación para formular oposición al convenio, incluso cuando entienda que su cumplimiento es objetivamente inviable. Ello confirma, también en la fase de convenio, la posición de garante que despliega la administración concursal con el propósito de garantizar el correcto desarrollo del proceso concursal. Aún no siendo la oposición el único mecanismo de control técnico del convenio (dadas las amplias facultades conferidas al juez), este se instituye en un instrumento eficaz para proporcionar al órgano jurisdiccional un conocimiento lo más completo posible tanto sobre los hechos y circunstancias relevantes al caso, y que difícilmente de otro modo podría conocer el órgano jurisdiccional podría conocer, como sobre la posición de las partes y los razonamientos por estas aducido. Junto a la eventual oposición que pudiera formular la administración concursal, se reconoce un segundo elemento de purga, en este caso a favor de los acreedores, que podrán suplir o complementar las eventuales inactividades o insuficiencias de las que pudiera adolecer el proceder de la administración concursal en los términos de los arts. 382.1 y 384 TRLC.

jurisdiccional encomendada es absolutamente independiente de la que despliegan las partes en el convenio¹⁶⁸. No hay necesidad de contencioso, ni, en consecuencia, puede ser alegada vulneración del principio de contradicción o menoscabo del deber de congruencia respecto a la resolución judicial que se emita (art. 218 LEC)¹⁶⁹.

Tampoco, por tanto, pueden reputarse aplicables las reglas propias del proceso civil relativas a la carga de alegación de los hechos y su prueba, con exclusión de la conformidad de las partes como elemento vinculante para el tribunal.

En este sentido, se contempla la adopción de medidas por parte del juez que repercuten en la eficacia del convenio y no se hallan condicionadas por la rogación de parte. Así ocurre con el art. 387 TRLC, que incorrectamente califica estas medidas como cautelares¹⁷⁰, y con el art. 393 TRLC. El primer precepto autoriza la intervención jurisdiccional para evitar que la demora derivada de la tramitación del convenio pueda impedir el cumplimiento futuro de aquel que hubiera sido aceptado; el segundo habilita

¹⁶⁸ Como referíamos, la oposición no excluye el control de oficio simultáneo. Sin embargo, esto no deja de ser chocante, pues la regla general en nuestro sistema procesal es que donde esté reconocido el control de oficio, el procurado a instancia de parte sea subsidiario (cfr. CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, p. 145). Sobre este control simultáneo y la actuación jurisdiccional en los distintos escenarios posibles, vid. *ibidem*, pp. 145 y 146.

¹⁶⁹ No parece que pueda reconducirse esta facultad fiscalizadora del órgano jurisdiccional al mero control de oficio de las causas de nulidad apreciable por los Tribunales. Fundamentalmente, porque para que pueda apreciarse tal nulidad siempre es precisa la concurrencia del contencioso. Como señala DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 131 LC», cit., p. 2194: «Con la Ley en la mano el juez no sólo podrá (...) rechazar el convenio por razones de legalidad diferentes a las esgrimidas por los impugnantes, sino que deberá hacerlo aunque no se formule oposición alguna (es decir, al margen de que se haya planteado ante él una controversia) si aprecia que se han infringido las normas referentes a la constitución y celebración de la junta, a la forma y al contenido de las adhesiones o al contenido del convenio».

¹⁷⁰ Pese a la dicción literal, en sentido técnico, estas no constituyen auténticas medidas cautelares. En efecto, se trata de medidas que no tienden a «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare» (art. 721.1 *in fine* LEC; también art. 726.1.1º LEC), sino a garantizar, por el contrario, la efectividad de la sentencia desestimatoria. Esto es, no constituyen medidas instrumentales que se adopten en interés del actor solicitante de una tutela judicial concreta -en el caso que nos ocupa, del que formulare oposición a la aprobación del convenio- sino que se acuerdan en interés de la solución convenida del concurso. Suscribimos, así, las palabras de DÍAZ MORENO, para quien son varias las divergencias que se encuentran respecto al régimen general de medidas cautelares que diseña el TRLC (arts. 721 a 747 LEC). Junto a las descritas, podemos referir que solo pueden ser acordadas de oficio por el órgano jurisdiccional -en sentido contrario, vid. art. 721 LEC-, solo cabe su adopción una vez planteado el incidente de oposición -y no antes, como sí prevé el art. 730.2 LEC-, y no es precisa la concurrencia de apariencia de buen derecho para su adopción -como resulta capital en el régimen general *ex art.* 728.2 LEC- (en «Comentario al artículo 129 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2185 y 2186). De igual parecer, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., pp. 161 y 162, que califica estas medidas como provisionales necesarias para evitar que el convenio devenga inefectivo. En contra, por catalogar estas medidas como cautelares, DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 184.

al juez para suspender, total o parcialmente, la eficacia del convenio hasta que la aprobación devenga firme.

Finalmente, corresponde al órgano jurisdiccional la declaración de cumplimiento del convenio (art. 401.2 TRLC), previa petición justificada del deudor (art. 401.1 TRLC). Nótese que se prescinde de la forma contradictoria¹⁷¹, correspondiendo al juez el examen de su cumplimiento.

Sin embargo, lo relatado no implica que el juez goce, de manera plena, de las facultades propias asociadas al principio de oficialidad, con relajación completa de la vinculación del juez a las peticiones de las partes¹⁷², pues las atribuciones descritas no están exentas de determinados límites que conviene tener presentes¹⁷³.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional solo puede pronunciarse sobre la viabilidad objetiva del convenio cuando haya sido alegado como motivo de oposición a instancia de parte (arts. 384 y 391.1 TRLC). De similar modo ocurre en relación a la

¹⁷¹ La forma contradictoria es sustituida por la puesta de manifiesto del informe y de la solicitud en la Oficina judicial (art. 401.2 TRLC). Esta publicidad se extenderá durante 15 días y parece habilitar a cualquier sujeto con interés legítimo a formular alegaciones, fundamentalmente para evidenciar la ausencia de su cumplimiento íntegro. También servirá para proporcionar a los acreedores información de interés sobre su efectiva realización. No parece, sin embargo, pese a lo sostenido por parte de la doctrina -entre otros, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 139», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1510 y 1511-, que este cauce sea el adecuado para denunciar el incumplimiento del convenio por cualquier acreedor, pues para la sustanciación de esta pretensión ya se dispone de los arts. 402 y ss. TRLC -de esta opinión, MORILLAS, «Comentario al artículo 139», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2274 y 2275-, que, por otra parte, sí garantiza el contradictorio.

Con todo, se echa en falta una previsión legal expresa que ponga a disposición de todos acreedores, personados o no, la solicitud de declaración de cumplimiento -en este sentido, DE BUSTOS, «Comentario al artículo 139», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 662, y, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 139», cit., pp. 1510 y 1511-, como ocurre en otros estadios del concurso (v.gr., si bien en todos los casos se trata de informes de la administración concursal y por su oficio, arts. 294, 304, 349, 424 ó 468.5 TRLC).

¹⁷² Con las salvedades oportunas, dado el diferente régimen jurídico, la jurisprudencia ya refería, en relación a la suspensión de pagos, la participación del “inquisitivo” en el convenio: «es el órgano de dirección, control y vigilancia de aquella (de la suspensión) y le compete la dirección de la tramitación del tradicionalmente llamado expediente, así como resolver sus incidencias, y teniendo facultades de índole propiamente jurisdiccional (...) y también facultades que podríamos denominar administrativas (...), todo lo cual se deduce que las facultades del Juez son amplísimas en el expediente de suspensión de pagos y la sujeción al principio de rogación está bastante limitada y en ciertos aspectos podríamos decir que predomina el inquisitivo, ya que lo contrario supondría colocarlo como figura de simple dirección formal e impediría sus facultades de dirección y control efectivos de la suspensión» (AAP Madrid 12 de abril 1994, RGD, 1994, p. 9926 citada por CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 132 y 133, que sigue igual parecer).

¹⁷³ Ello evidencia la mayor intensidad en la participación del órgano jurisdiccional en la fase de liquidación respecto a la fase de convenio, donde encontramos mayores restricciones a su libre actuación. Estos límites son completamente razonables dada la naturaleza del negocio jurídico y la necesaria concurrencia de la aceptación por parte de la colectividad crediticia para su buen fin.

propuesta anticipada de convenio (art. 350.1 TRLC)¹⁷⁴. Se restringe, pues, de manera notable, la intervención judicial de oficio cuando se trata de valorar cuestiones que exceden del control de legalidad y comportan la emisión de un juicio de oportunidad¹⁷⁵.

En segundo lugar, tampoco parece que el órgano jurisdiccional goce de plenos poderes al amparo del art. 387 TRLC. Aunque es cierto que este precepto confiere un amplio margen de actuación al juez -«cuantas medidas cautelares procedan»- parece lógico que su adopción esté sometida a ciertas directrices determinadas por el cometido legal que procuran. Las medidas deben ser, en consecuencia, instrumentales e idóneas para garantizar que la tramitación de la oposición no impide el cumplimiento del futuro convenio; también deben ser, de entre las adecuadas, la menos gravosa para restaurar la situación original en caso de que la oposición fuera estimada y el convenio rechazado¹⁷⁶.

En tercer lugar, pese a que el art. 392.1 TRLC dota de un poder incondicional al órgano jurisdiccional para rechazar el convenio con apoyo en los motivos que enumera, hay supuestos incardinables en ellos que, en cambio, no parece que puedan determinar aquel rechazo. De este modo ocurre, concretamente y según el caso, en relación a la infracción de normas que versen sobre la celebración de la junta y su constitución (v.gr., porque se haya privado a un acreedor de su derecho de voto¹⁷⁷).

¹⁷⁴ En aplicación del art. 344.2 TRLC, el juez puede rechazar la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio cuando: «el deudor estuviere incurso en alguna prohibición o cuando las adhesiones presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la proporción del pasivo exigida». Sin embargo, el precepto no habilita al juez a evaluar de oficio el contenido de la propuesta anticipada para, en su caso, inadmitir a trámite la propuesta. Solo en los supuestos en los que la administración concursal evalúe de manera desfavorable o con reservas la referida propuesta, podrá el órgano jurisdiccional «dejar sin efecto la admisión de la propuesta o acordar la continuación de su tramitación» (art. 350.1 TRLC).

¹⁷⁵ No obstante, solicitado en oposición un pronunciamiento sobre la viabilidad objetiva del cumplimiento del convenio, el órgano jurisdiccional podrá entrar a resolver sobre la misma, a nuestro juicio, sin límite dada la amplitud del motivo contenido en el art. 384 TRLC.

¹⁷⁶ Cfr. DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 129 LC», cit., pp. 2186 y 2187, que aborda el tema con mayor profundidad y se sirve de algunos ejemplos de posibles medidas a adoptar. Entre tales ejemplos: medidas de conservación de elementos del activo, mandato o autorización para enajenar bienes o derecho integrantes de la masa activa, prohibición de su disposición, suspensión total o parcial de la actividad empresarial o profesional del deudor o autorización para su continuación y prohibición de adopción de acuerdos o decisiones por los órganos sociales que puedan comprometer operaciones necesarias para garantizar la viabilidad del convenio.

¹⁷⁷ Cfr. DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 131 LC», cit., pp. 2197 y 2198, que se sirve de algunos supuestos y acaba concluyendo que, aun siendo preciso analizar caso por caso, una pauta general aplicable sería la de entender que el juez puede apreciar de oficio la existencia de esta clase de infracción cuando el defecto sea de tal naturaleza que pueda ser observado por cualquiera de los acreedores no asistentes a la junta. En cambio, no podrá rechazar el convenio por este tipo de infracciones cuando se trate de defectos que solo pueden ser hechos valer por determinados acreedores.

En último lugar, no puede el órgano jurisdiccional modificar el contenido del convenio sometido a su aprobación, aunque sí «cuando sea necesario, (...) fijar la correcta interpretación de las cláusulas del convenio»¹⁷⁸; asimismo, se reconoce la facultad de aquel para subsanar errores materiales o de cálculo (art. 388 TRLC).

Es decir, el órgano jurisdiccional no puede modificar el convenio bajo ningún pretexto, ni siquiera para adaptarlo a la legalidad. Dado el tenor del precepto, si concurrieran vicios, formales o de contenido, o resultara objetivamente inviable previa alegación de parte, el juez solo tiene margen para su rechazo. No parece que tenga cabida la aprobación parcial del convenio¹⁷⁹.

Las facultades reconocidas para la interpretación y la subsanación de errores del convenio aprobado tampoco pueden servir para alterar lo acordado por las partes. En rigor, cualquiera de estas facultades debe ser objeto de una interpretación restrictiva¹⁸⁰.

Finalmente, como decíamos, en tanto no se apruebe el convenio, sigue siendo de aplicación el régimen general dispuesto para la fase común (art. 306.3 TRLC), con indisposición, en el plano sustantivo y procesal, de la masa activa por parte del concursado. Solo una vez aprobado el convenio y, por tanto, en un momento avanzado de esta fase, serán de aplicación las medidas limitativas a las facultades de administración y disposición del deudor que, en su caso, prevea el convenio (art. 321.1 TRLC).

¹⁷⁸ La facultad de interpretación del órgano jurisdiccional existe, pues, al margen de la formulación de oposición a la aprobación del convenio. Se clarifica así el régimen de la LC, que no contemplaba expresamente tal posibilidad cuando no se formulaba oposición, aunque de igual modo era entendido por la doctrina (entre otros, DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 129 LC», cit., p. 2174).

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 2172 y 2173.

¹⁸⁰ Así debemos colegirlo si consideramos de aplicación el régimen general de aclaración y corrección de resoluciones judiciales (arts. 267 LOPJ y 214 LEC). Como ha puesto de manifiesto CORDÓN MORENO, en relación a la LC, aplicando analógicamente la jurisprudencia constitucional del art. 267 LOPJ -STC 23/1996, de 13 de febrero (BOE nº 67, de 18 de marzo de 1996)-, al amparo de este precepto y para la salvaguarda del art. 24 CE, no puede el órgano jurisdiccional reinterpretar el contenido del convenio ni sustituirlo total o parcialmente. Sí puede, por el contrario, rectificar cualquier error u omisión cometido al redactar o transponer el resultado de la Junta cuando así se constate con total certeza (en «La intervención judicial en el convenio», cit., p. 147). Parece sostener también una interpretación restrictiva, al destacar el reducido margen de discrecionalidad concedido al juez en este punto, SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 129», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1435-1436.

Asimismo, téngase en cuenta que en la interpretación judicial del convenio resultan de aplicación los arts. 1281 y ss. CC, dedicados a la interpretación de los contratos (DÍAZ MORENO, «Comentario al artículo 129 LC», cit., p. 2174).

3.4. El proceso concursal como categoría autónoma y principales manifestaciones en sus principios rectores

A la vista de lo expuesto, es difícil colegir una exacta participación de los principios “jurídico-naturales” y “jurídico-técnicos” del proceso civil en las fases del proceso concursal estudiadas.

Podemos confirmar la presencia del principio de contradicción y, con especialidades, el principio de dualidad de partes. De igual modo ocurre con el principio de igualdad, aunque el deudor ocupa eminentemente situaciones pasivas y de subordinación atendiendo a la naturaleza de este proceso.

Asimismo, en lo que hace a los principios “jurídico-técnicos”, se observan modulaciones que varían en atención a la fase del concurso.

El inicio de la tutela que procura el proceso concursal responde a lo que doctrinalmente se ha venido denominando principio dispositivo formal. De esta suerte, en el mentado proceso, como en los procesos regidos por aquel principio, no queda más que el aspecto procesal y externo de ser requerido el planteamiento de una pretensión para que el proceso se inicie sobre un determinado objeto, pero desaparece lo que dicho acto implica de libertad de elección¹⁸¹. En efecto, la acción del deudor concursado es obligada (art. 5 TRLC, en las hipótesis de insolvencia actual), y, además, hay más de un sujeto que puede provocar la iniciación del proceso (arts. 3, 568.1 y 695 a. TRLC).

En segundo lugar, la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales no responde a una facultad exclusiva y de libre fijación por las partes, al menos no en relación a aquella parte cuya actuación trasciende al patrimonio concursal. Como referíamos *supra*, la delimitación del objeto, tanto por vía de acción como de excepción, lejos de ser resultado de su libre iniciativa, obedece a criterios imperativos delimitados por el TRLC bajo la máxima del “interés del concurso”, cuyo control y estímulo, de manera directa o indirecta, es encomendado a la administración concursal y al juez del concurso (arts. 119, 120, 392 y 417, 419 y 420 TRLC).

¹⁸¹ Seguimos los criterios de delimitación de este principio fijados, para todo proceso, por ORTELLS RAMOS/ARMENGOT VILAPLANA, «Los principios del proceso (I)», cit., p. 317.

Por el contrario, sí percibimos una traza del principio dispositivo en lo referido al deber de congruencia. Una vez instada una determinada tutela por la administración concursal, el deudor concursado o los acreedores, u ofrecida una concreta resistencia, el órgano jurisdiccional no puede conceder ni más ni algo distinto a lo pedido por las partes; tampoco concederlo sobre la base de hechos o títulos jurídicos que las partes no hayan aducido. Al menos, así acontece en el ejercicio de acciones o en la formulación de resistencias respecto a los bienes de la masa (arts. 94.1, 109, 119 a 122, 131, 132, 226 y ss., 321.2, 461.1 TRLC). Lo anterior encuentra una importante excepción en el control de legalidad del convenio y en la determinación del plan para la realización de los bienes y derechos de la masa activa, para los que se confiere al órgano jurisdiccional un poder excepcional, modulando las comunes exigencias del deber de congruencia y de los principios dispositivo y de aportación de parte propios de un proceso civil.

En definitiva, el proceso concursal, participando de una esencia común a la del proceso civil, se aleja considerablemente de este. Tanto por la variedad de los intereses que aglutina como por las previsiones legales contempladas para garantizar su compleja tutela, los principios propios del proceso civil se difuminan en correlación a la pérdida de la autonomía de la voluntad que padece el concursado, dando paso a un *tertium genus* que se aleja ocasionalmente de la “justicia rogada”, y en el que participa, al menos en las contiendas que afectan al patrimonio concursal, el denominado principio dispositivo formal.

En conclusión, en el proceso concursal se observa la vigencia de unos principios diferenciados en relación a los poderes del juzgador y de las partes respecto al objeto del proceso y a la aportación y la prueba de los hechos. Esta especialidad, unida a la aplicación de unas normas de procedimiento distintas de aquellas que se aplican en los demás procesos civiles¹⁸², y sistematizadas en un texto legal separado, sitúan al proceso concursal dentro de la vasta y heterogénea categoría de los procesos especiales, exhibiendo claros paralelismos respecto a los comúnmente conocidos como “procesos no dispositivos”.

¹⁸² Ambas son las notas características de los “procesos no dispositivos” deducibles a la luz de los arts. 758 y ss. LEC [ARMENGOT VILAPLANA/ ORTELLS RAMOS, «Los procesos no dispositivos: normas generales», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 823].

CAPÍTULO II
LA DELIMITACIÓN DE LA MASA
ACTIVA EN EL CONCURSO DE
ACREEDORES

1. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL PROCESO CONCURSAL

El principio de universalidad y la amplia tutela reparadora que a su servicio dispensa el proceso concursal hallan recta traslación en el art. 192.1 TRLC: «la masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento»¹⁸³. Únicamente se exceptúan «aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables» (art. 192.2 TRLC).

Se concreta así la afección generalizada que sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio concursal proporciona el proceso concursal en disonancia con la afección individual predicable en la ejecución singular¹⁸⁴.

Hemos de enfatizar la trascendencia de garantizar una adecuada composición de la masa activa¹⁸⁵. En rigor, constituye el objeto sobre el que pivota el proceso concursal y de su correcta delimitación dependerá, en gran medida, el cumplimiento de los fines a los que este sirve¹⁸⁶.

2. BIENES Y DERECHOS INCLUIDOS EN LA MASA ACTIVA. EXCEPCIONES A LA INTEGRACIÓN PATRIMONIAL

La exacta definición del patrimonio objeto de sujeción exige valorar los siguientes extremos.

En primer lugar, engloban la masa activa los bienes y derechos sobre los que el deudor ostente una titularidad jurídico real; también los derechos de crédito que aquel

¹⁸³ La expresión «bienes presentes y futuros» de que se sirve el art. 1911 CC fue empleada en el Anteproyecto de LC de 1983 (art. 262). No, en cambio, en el Anteproyecto de LC de 1959 (art. 25), en la propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 (art. 77.1), o en los Anteproyectos de LC de 2000 (art. 75.1) y 2001 (art. 75.1); tampoco, en fin, en la LC de 2003 (art. 76.1).

¹⁸⁴ Sobre la cuestión, vid. *infra* Capítulo III.

¹⁸⁵ Con carácter general y sirviéndose de una mejor técnica, en algunos de sus pasajes, el TRLC prescinde de la locución patrimonio del deudor empleada en la LC (v.gr., arts. 21.1.4º, 50.2, 55, 76.1 y 89.2), y se decanta por la expresión masa activa (v.gr., arts. 28.1.3º, 136.3, 142, 192.1 y 269.2).

¹⁸⁶ Destaca tal importancia, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 76 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 873 y 874.

tenga en su haber. En segundo lugar, abarca los bienes que, perteneciendo al deudor, se encuentran en poder de otros sujetos, así como los bienes que, a través de los instrumentos especialísimos dispuestos en el Ordenamiento concursal, se reintegran en la masa (arts. 226 a 238 y 455.2.3º a 5º LC) o se extienden a otros patrimonios por habilitación legal (arts. 131, 132, 455.2.5º *in fine* y 456 TRLC). Finalmente, como cláusula de cierre, integran esta masa los bienes y derechos que el concursado pueda ir adquiriendo hasta la conclusión del procedimiento.

2.1. Los bienes y derechos en poder del deudor

2.1.1. La titularidad del bien y el juicio de pertenencia

Componen la masa activa los bienes y derechos cuya titularidad jurídico-real o crediticia recae en el deudor. Se ha de reunir así una característica subjetiva: la pertenencia al concursado¹⁸⁷.

El juicio de pertenencia de los bienes al deudor debe realizarse conforme a lo previsto en el art. 593.1 LEC. Idéntico es, pues, el grado de certeza exigible en sede concursal y en ejecución individual, e idéntico el remedio ante una errática designación de los bienes sobre el que se proyecta la afección.

Para esta tarea la administración concursal debe basarse en indicios y signos externos de los que razonablemente se pueda deducir esta pertenencia (art. 593.1 *in fine* LEC). Cuenta para ello con algunos criterios legales orientativos, si bien resulta válida cualquier circunstancia que revele que la titularidad del bien pertenece al concursado.

La posesión de los bienes muebles (arts. 448 y 464-I CC) y de los inmuebles con extensión a los muebles y objetos que se hallen dentro de aquellos (art. 449 CC) constituyen un válido y previo criterio delimitador. Asimismo la inscripción en registros públicos puede erigirse en presunción legal de la titularidad jurídico real del deudor (cfr. arts. 38-I LH y 15.2 LVP)¹⁸⁸.

Al menos respecto a los bienes inmuebles, la información que consta en el Registro puede ser determinante. Nótese que lo habitual será que el letrado de la

¹⁸⁷ Vid. CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 76 LC», cit., pp. 875 y 876, y *Proceso concursal*, cit., p. 187.

¹⁸⁸ En este sentido respecto a la ejecución singular, ORTELLS RAMOS, «Capítulo 31», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 611.

administración de justicia *ex art. 555 TRLC* ordene genéricamente la anotación de la declaración de concurso en todos los bienes de una persona, y en consecuencia deberá proceder el Registrador, al menos respecto a aquellos que se hallen inscritos a su favor (art. 73-II LH)¹⁸⁹. En sentido opuesto, el Registrador denegará la práctica de todo asiento que ordene la anotación respecto a bienes que estén inscritos a favor de persona distinta del concursado (arts. 20-II y 38-II LH)¹⁹⁰.

En ausencia de inscripción, los indicios y signos externos de titularidad cumplen un papel determinante, pudiendo el Registrador proceder a la anotación de la declaración de concurso previa inscripción de la persona gravada por la anotación (art. 73-III LH)¹⁹¹.

Común a la ejecución individual -decíamos- es el remedio ante una errónea designación de los bienes que pertenecen al concursado: se faculta al tercero titular del bien para que impugne la afección. Tales posibilidades de impugnación operan, sin embargo, *ex post*. Esto es, una vez producida la afección con la declaración de concurso, sin previo examen sumario y contradictorio de pertenencia *ex art. 593.2 LEC*.

La desafección requiere la previa instancia del tercero interesado (art. 239.1 TRLC)¹⁹². Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con carácter general, el juicio de pertenencia no corresponde al órgano jurisdiccional, sino que es trasladado en un primer momento a la administración concursal a quien es conferida expresamente esta

¹⁸⁹ No es necesario, por ende, que el mandamiento contenga descripción detallada de todos los bienes sobre los que ha de recaer la anotación preventiva, aunque pueda hacerlo. En este sentido, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 532.

¹⁹⁰ Siguiendo a SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 533, el Registrador también denegará la práctica de este asiento cuando los bienes sobre los que se quiere anotar la declaración de concurso estén inscritos con carácter ganancial (arts. 93 y 94 RH) o bajo otro régimen de comunidad (arts. 90.1 y 96.1 RH). Únicamente cuando la declaración de concurso ha sido notificada al cónyuge del deudor (por analogía a lo previsto para el embargo *ex arts. 541.2 LEC y 144.2 RH*), el Registrador podrá practicar la anotación de concurso. Aunque los bienes gananciales o comunes únicamente se incluirán en la masa activa cuando deban responder de obligaciones del concursado (art. 193.3 TRLC), han de relacionarse sin excepción en el inventario (art. 198.2 TRLC), y corresponde a la administración concursal expresar si los créditos reconocidos solo pueden hacerse efectivos sobre bienes privativos del concursado o también sobre el patrimonio común (art. 286.4 TRLC). La notificación constituye, pues, una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y garantiza al cónyuge del concursado poder ejercer la facultad de pedir la disolución de la sociedad y la comunidad conyugal (arts. 1373 CC, 541.3 LEC y 125 TRLC).

¹⁹¹ En cuanto a la forma de practicar la previa inscripción, vid. arts. 7-II LH y 312 RH (SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 532).

¹⁹² Cuestión distinta es que, como afirma CORDÓN MORENO, la propia administración concursal excite la iniciativa del tercero poniendo en su conocimiento la existencia del bien por concurrir motivos racionales para entender que le pertenecen, bien por percepción directa bien por manifestaciones del concursado o de otras personas (art. 593.2 LEC) -en «Comentario al artículo 76 LC», cit., p. 876 y *Proceso concursal*, cit., p. 188-.

valoración: «los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos» (art. 239.1 TRLC).

La denegación de la entrega del bien por la administración concursal habilita el planteamiento de un incidente concursal (art. 239.2 TRLC), que opera como una suerte de tercería de dominio (art. 595 LEC) en sede concursal.

2.1.2. Patrimonialidad, alienabilidad y embargabilidad de los bienes

La pertenencia del bien al deudor no es suficiente. La integración en la masa activa está supeditada a que los bienes respondan a un triple contenido: patrimonialidad, alienabilidad y embargabilidad. Así se infiere del art. 192.2 TRLC: «se exceptúan (...) aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables».

Esto se traduce, en aplicación supletoria de la LEC, en que la afección solo resulta válida y eficaz cuando se proyecta sobre bienes y derechos que reúnen tales características. En este sentido, el legislador se sirve de idéntico juicio de idoneidad para determinar qué bienes y derechos pueden ser objeto de embargo y cuáles pueden serlo de la afección que procura la declaración de concurso.

De este modo, los requisitos de embargabilidad que proporciona la LEC (arts. 605 y ss., y otras normas sustantivas complementarias), fundamentalmente en sentido negativo, constituyen el criterio del que se sirve el TRLC para acotar el conjunto de bienes sobre los que la afección concursal puede operar (art. 192.2 TRLC). Adentrarnos en el estudio de su régimen jurídico no arrojará nuevos resultados a esta investigación¹⁹³, pero sí interesa notar dos extremos.

¹⁹³ Nos remitimos para ello a lo expuesto por CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 145 y ss., y CACHÓN CADENAS, *El embargo de bienes*, ed. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 103 y ss., 305 y ss., y en AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir. LORCA NAVARRETE; Coord. GUILARTE GUTIÉRREZ), tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 3004 y ss. Asimismo, vid., entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 76 LC», cit., pp. 877 y ss. y *Proceso concursal*, cit., pp. 188 a 190; ORTELLS RAMOS, «Capítulo 31», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 603 y ss.; VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO GIMÉNEZ), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 132 y ss.; ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 76», cit., pp. 917 y ss.; TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 76», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo

En primer lugar, la consecuencia de la infracción de las normas que regulan esta clase de requisitos es dispar: la de las normas de embargabilidad determina la nulidad de pleno derecho (art. 609-I LEC)¹⁹⁴; en las restantes, en cambio, es precisa la impugnación del concursado o del tercero afectado¹⁹⁵.

En segundo lugar, en relación a la inalienabilidad, es discutible que puedan incluirse en esta categoría y, por tanto, desprender eficacia, las prohibiciones de disponer -legales o voluntarias- constituidas registralmente sobre bienes del concursado con anterioridad a la declaración de concurso. La cuestión dista de ser clara.

De un lado, como ha sostenido parte de la doctrina¹⁹⁶ y la propia DGRN¹⁹⁷ en relación a la ejecución individual, las prohibiciones de disponer solo excluyen las

I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1384 y ss.; y, MONTERO AROCA/FLORS MATÍES, *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 1551 y ss.

¹⁹⁴ Como añade el art. 609-II LEC, de plena aplicación al concurso: «El ejecutado podrá denunciar esta nulidad ante el Tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el letrado de la administración de justicia si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo, resolviendo el Tribunal sobre la nulidad denunciada». La nulidad de pleno derecho, sin embargo, trasciende a lo descrito. De una parte, porque la nulidad también puede ser apreciada de oficio o previa denuncia de cualquier otra persona interesada distinta del concursado. De otra, porque la enajenación puede ser objeto de impugnación en tanto que adolece de un vicio de nulidad absoluta. En este sentido, recuérdese que la inscripción en el Registro no convalida los actos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH), a excepción de que concurren subadquirentes protegidos por la fe pública registral (art. 34 LH). De este modo, siguiendo a VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución...*, cit., pp. 146 y 147, habrá que distinguir si la inembargabilidad deriva de la falta de contenido patrimonial o de la inalienabilidad de los bienes o se basa, exclusivamente, en una declaración legal. En el primer caso, las ulteriores transmisiones tras la enajenación también pueden ser objeto de impugnación; en la segunda hipótesis, el éxito de la impugnación dependerá de si quien ha adquirido del adjudicatario está protegido por el Registro (art. 34 LH) o su adquisición deviene irrevindicable (art. 464 CC).

¹⁹⁵ En términos similares para la ejecución, ORTELLS RAMOS, «Capítulo 31», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 604.

¹⁹⁶ Entre otros, PAU PEDRÓN, «Anotación de embargo sobre bien inmueble sujeto a prohibición de disponer. Comentario a la resolución de 23 de octubre de 1980», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, fascículo 3, p. 845; RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 554, 1983, pp. 49 y ss.; CAPILLA RONCERO, «Comentario de la Resolución de la DGRN 22 de febrero de 1989», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 20, abril-agosto, 1989, p. 397; CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, fascículo 4, p. 1527; GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp. 207 y 225; y, MURGA FERNÁNDEZ, «La eficacia de las prohibiciones de disponer frente. Los actos de disposición de carácter forzoso (embargo y posterior enajenación forzosa): posibles soluciones y postura actual de la DGRN», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2014, versión digital.

¹⁹⁷ En este sentido, vid. RDGRN de 29 de diciembre de 1977, y, fundamentalmente, de 22 de febrero de 1989 (BOE nº 62, de 14 de marzo de 1989, pp. 7128 a 7130). En la primera, se permitió el embargo sobre mitad indivisas sujetas a pacto de sobrevivencia y su posterior enajenación forzosa. En la segunda, en un procedimiento de apremio por impago de letra de cambio, se traba embargo sobre una finca del deudor adquirida por herencia. En ella, el testador imponía la imposibilidad de enajenar en forma alguna por E.C.H., por ningún concepto, hasta el fallecimiento de su hijo F.C.R., ni aun por este mismo, y si este falleciera, hasta que su nieta E. cumpliera veintiún años. En este sentido se pronuncia la referida RDGRN de 22 de febrero de 1989: «c) La responsabilidad patrimonial tiene una evidente función

enajenaciones voluntarias pero no las forzosas. Esto es, la responsabilidad patrimonial universal goza de carácter imperativo y permite la ejecución en apremio de los bienes gravados con prohibición de disponer, que debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Cualquier exclusión a la aplicación del art. 1911 CC, principio esencial del tráfico jurídico, exige un reconocimiento legal que expresamente así lo declare. Cuestión distinta es que una vez producida la enajenación forzosa del bien, el rematante se ha de subrogar en la prohibición adquiriendo el bien con esta carga¹⁹⁸.

En el lado opuesto, encontramos otro sector doctrinal¹⁹⁹ y numerosas resoluciones de la misma DGRN²⁰⁰ que se decantan por la imposibilidad de que se

estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquél, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma; esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer y obligaría al eventual acreedor a considerar, previamente a la concesión de su crédito, no sólo la importancia del patrimonio del deudor sino además la concreta situación jurídica de los bienes y derechos que lo integran con el consiguiente entorpecimiento del tráfico jurídico. d) Junto a las deudas voluntariamente contraídas por el deudor están aquellas otras que derivan directamente de la titularidad del bien afecto a la prohibición, tanto las que la Ley establece por esa razón (ejemplo las de tipo fiscal) como las que resulten de las peculiares características de aquél (verbigracia: Su inclusión en un régimen de propiedad horizontal, etc.). 4. Por todo lo anterior ha de concluirse que la seguridad económica del deudor no puede mantenerse a costa de tan considerables quebrantos para la organización jurídica de la colectividad, debiendo restringirse al efecto de las prohibiciones de disponer a una pura exclusión de la facultad de disponer libre y voluntariamente del derecho en cuestión, pues aun implicando una relativa amortización, contra el principio general de libre tráfico de los bienes, sólo compromete el interés particular del titular sin repercusión directa y apreciable sobre el orden público y sin que quepa estimar la alegación de que con tal interpretación resultan aquéllas fácilmente burladas e inoperantes por la vía de la simulación de deudas y connivencias procesales, pues las normas no deben ser interpretadas desde la exclusiva perspectiva de su eventual incumplimiento (artículo 3 del Código Civil), no pueden desconocerse los remedios jurídicamente arbitrados a tal efecto (artículos 6 y 7 del Código Civil), ni pueden menospreciarse los intereses generales en aras de la consecución de fine particulares (artículo 1.255 del Código Civil)» (p. 7130). Muy crítico con la RDGRN de 22 de febrero de 1989, vid. CECCHINI ROSELL, *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causas y derechos de terceros*, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 109 y ss.

Esta doctrina de la DGRN rige actualmente. Así se constata a la vista de las RDGRN de 5 de octubre de 2000 (RJ 2000, 10213), de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2085), y de 13 de abril de 2012 (RJ 2012, 7745), que acaban aplicando esta doctrina, inicialmente dictada para prohibiciones de disposición de carácter voluntario, a las prohibiciones de carácter legal y judiciales o administrativas.

¹⁹⁸ En este sentido, las RDGRN de 7 de junio de 2011 (RJ 2011, 4516) y de 13 de abril de 2012 (RJ 2012, 7745). Siguen este parecer, GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario al art. 26.3º de la Ley Hipotecaria», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. ALBALADEJO GARCÍA/DÍAZ ALABART), tomo VII, vol. 4º, Madrid, 1999, p. 6, edición digital; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 8ª ed., Navarra, 2008, p. 776. Asimismo MURGA FERNÁNDEZ, «La eficacia de las prohibiciones de disponer frente. Los actos de disposición de carácter forzoso (embargo y posterior enajenación forzosa): posibles soluciones y postura actual de la DGRN», cit., pp. 13 y 14, que expresamente matiza que la subsistencia de la prohibición solo se producirá en las denominadas prohibiciones de disponer «no puras», esto es, aquellas que restringen el poder de disposición con atribución de un derecho a favor de tercero; en las «puras», a su juicio, la enajenación extingue la prohibición.

¹⁹⁹ De este modo lo han entendido, entre otros, ROCA TRÍAS, «Comentario al art. 117 de la Compilación de Catalunya», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dir. ALBALADEJO/DÍEZ ALABART), tomo XXVIII, vol. 1º, Madrid, 1982, consultado en versión digital vlex; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 8ª ed., tecnos, Madrid, 2012, p. 49: «la solución justa es admitir la posibilidad del embargo y su constancia registral, pero no la ejecución subsiguiente

produzca la ejecución forzosa sobre los bienes gravados con la referida prohibición. Así es entendido con base en el principio de salvaguarda jurisdiccional del contenido del Registro (art. 1 LH) -con plena eficacia real de lo inscrito hasta su declaración de nulidad o ineficacia por un órgano jurisdiccional-, los principios registrales de prioridad (art. 17 LH), legitimación (art. 38-II LH) y fe pública (arts. 32 y 34 LH) que imperan en el ámbito hipotecario, la imposibilidad de que la autoridad judicial pueda traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado y de su poder dispositivo²⁰¹, y, finalmente, la eventualidad de disposición indirecta de los bienes gravados con la realización de actos simulados.

Partiendo de la posición actual de la DGRN, a favor de la primera tesis, y aun siendo la cuestión muy discutible, menos dudas debe plantear la prevalencia del principio de responsabilidad patrimonial universal y el decaimiento de las prohibiciones

hasta que hubiese desaparecido la prohibición de disponer, pues de lo contrario facilitaría en extremo la violación de la prohibición: bastaría que el afectado contrajese una deuda o la simulase para que se desatase el proceso de ejecución contra el bien sujeto a la prohibición. Ciertamente que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores (art. 1911 del CC), pero no lo es menos que esa garantía comprende los bienes tal y como se encuentran en ese patrimonio. Si alguno está afecto a una prohibición de disponer, hay que conjugar el derecho de los acreedores con la eficacia de la prohibición»; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, vol. III, 7ª ed., Barcelona, 1991, p. 295; DOMEGNE AMER, *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 142; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO/ARMENTA DEU/MUERZA ESPARZA/TAPIA FERNÁNDEZ), vol. II, Navarra, 2001, p. 323, para quien las prohibiciones legales de disponer «deben vincular al tribunal de la ejecución, siquiera dentro de los límites (objetivos y temporales) de las mismas: el bien podrá ser embargado, aunque su posterior realización deberá respetar el tiempo de indisponibilidad fijado en la Ley»; y, CECCHINI ROSELL, *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causas y derechos de terceros*, cit., pp. 106 y ss.

²⁰⁰ Estas resoluciones, sin embargo, son anteriores a la RDGRN de 22 de febrero de 1989. Entre otras, RDGRN de 13 de julio de 1933: «los actos de enajenación realizados por los Juzgados, cuando no existen especiales y expresos pronunciamientos en contrario, no purifican el dominio transmitido de las condiciones impuestas, rigiendo para el Juez, ya obre en representación del deudor ya en virtud del imperio que la ley le atribuye, el principio de que no puede transmitir al adquirente más derechos de los que el demandado tiene inscritos» (considerando 3º; extraído de CAPILLA RONCERO, «Comentario de la Resolución de la DGRN 22 de febrero de 1989», cit., p. 395); y de 21 de abril de 1949 (RJ 1949, 546): «la voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado ni de su poder dispositivo» (considerando 4º) y «Que la norma contenida en el artículo 1911 del Código Civil, conforme al cual el patrimonio del deudor responde de sus obligaciones, no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa mediante la subasta llevada a cabo por la autoridad judicial, toda vez que el usufructo transmitido formaba parte del haber del deudor, con las referidas limitaciones testamentarias» (considerando 6º). Asimismo, vid. RDGRN de 5 de septiembre de 1974 que permitió la anotación de embargo sobre finca inscrita con prohibición de disponer pero no, en cambio, su adjudicación: ello supondría traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado, así como su poder de disposición, con olvido de los derechos que terceras personas puedan ostentar sobre el inmueble; en esta misma línea, la RDGRN de 23 de octubre de 1980 (los principales extractos de estas dos últimas resoluciones han sido consultados en CANIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», cit., pp. 1523 a 1525).

²⁰¹ Los acreedores solo se pueden satisfacer con aquello que existe en el patrimonio del deudor y, al menos durante la vigencia de la prohibición, este tiene cercenada la posibilidad de convertir en dinero el derecho sujeto a esta carga.

de disponer como elemento de exclusión de su rigor en el proceso concursal²⁰². Como tendremos ocasión de exponer la afección patrimonial en el concurso es de mayor intensidad que la prevista en la ejecución singular, con alteración de la común eficacia de ciertas anotaciones registrales previas a la anotación de la declaración concursal y sujeción a un nuevo régimen jurídico²⁰³.

2.2. Los bienes y derechos incluidos en la masa en poder de terceros, la extensión de la *separatio ex iure dominii* y otras operaciones de reducción de la masa

Asimismo, integran la masa activa los bienes y derechos que perteneciendo al deudor se encuentran en poder de terceros; y, del mismo modo, engrosan el activo los créditos del deudor contra terceros, incluidos los derechos de crédito realizables en el corto, medio y largo plazo (arts. 592.2.2º, 8º y 9º y 622 LEC)²⁰⁴.

Unos y otros, si no cuentan con la aquiescencia del tercero o deudor, precisarán del ejercicio de la oportuna acción reivindicatoria o de reclamación de cantidad. En ambas hipótesis será de aplicación el régimen jurídico predispuesto en los arts. 119 y 120 TRLC.

Estos preceptos instauran distintas reglas de “legitimación” en atención a la limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial acordada (arts. 28.1.3º y 4º y 106 TRLC). De este modo, en supuestos de suspensión se confiere esta cualidad a la administración concursal (art. 120 TRLC); y en casos de intervención, aquella es conservada por el deudor concursado aun cuando «necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas, interponer recursos (...) cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa» (art. 119.1 TRLC).

Con todo, se instaura un doble sistema corrector. Junto a la ya expuesta posibilidad de la administración concursal, previa autorización judicial, de formalizar la

²⁰² Favorable a esta opinión, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 76 LC», cit., p. 878 y *Proceso concursal*, cit., p. 189: por cuanto el concurso se rige por su propio sistema cerrado de exclusiones y privilegios, carecen de eficacia las prohibiciones de disponer de un bien, sean legales (v.gr., art. 196.2º CC) o tengan su origen inmediato en una resolución judicial o administrativa (v.gr., art. 26.2 LH).

²⁰³ Vid. *infra*, Capítulo III, en los epígrafes destinados al estudio de los aspectos registrales.

²⁰⁴ Estos créditos no constituyen, pues, bienes futuros. En este sentido, VEGAS TORRES, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (junto a DE LA OLIVA SANTO/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid, 2001, pp. 1012, 1020 y ss., y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 223.

presentación de una demanda, en interés del concurso y ante la negativa a hacerlo del deudor intervenido (art. 119.2 TRLC), se reconoce legitimación subsidiaria a los acreedores. Para ello es necesario que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de la oportuna acción de carácter patrimonial que correspondiera al concursado, con expresión de las concretas pretensiones en que consista y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas, y ni el concursado ni la administración concursal -según el régimen decretado- ejercitasen la referida acción en el plazo de los dos meses siguientes al requerimiento (art. 122 TRLC)²⁰⁵. Sin excepción, el éxito de la acción redundará en la incorporación del bien o la cantidad dineraria objeto de reclamación en el patrimonio concursal.

Finalmente, se incorporan a la masa activa otros bienes o derechos que, por su situación jurídica, precisan de una mayor explicación.

Forman parte de la masa los bienes del concursado que se hallen en posesión de un tercero en virtud de un título jurídico (v.gr., arrendamiento, depósito y usufructo)²⁰⁶. La declaración de concurso, en principio, no determina la extinción de tales derechos. Cuestión distinta es que, en atención al interés del concurso, se prevean facultades excepcionales que permitan una eventual resolución del contrato (cfr. art. 165 TRLC).

De igual modo ocurre con los derechos de uso (usufructo, uso, habitación, arrendamiento, comodato, etc.), garantía (prenda) o retención (v.gr., art. 1600 CC) que el concursado ostenta respecto a bienes que, siendo de titularidad ajena, se hallan en su poder. Conviene aclarar este extremo, pues la previsión contenida en el art. 239.1 LC permite a la administración concursal oponer la concurrencia de una relación jurídica, del tipo descrita, para denegar la pretensión de restitución del bien a su legítimo titular.

²⁰⁵ Como refiere PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., p. 18 (versión digital), a pesar de las similitudes, el régimen establecido en el antiguo art. 54 LC (actuales, en lo que aquí interesa, arts. 120 y 122 TRLC) no constituye el trasplante en sede concursal de la vía subrogatoria del art. 1111 CC. El fundamento es dispar, pues ni la administración concursal ni los acreedores deben haber perseguidos previamente todos los bienes del deudor. La subsidiariedad de la acción de estos últimos es distinta a la subsidiariedad que se predica de los arts. 1111 y 1291.3º CC.

²⁰⁶ El no reconocimiento de tales derechos puede ser rebatido, bien con la impugnación del inventario *ex* art. 297 TRLC, si en el inventario no se hace constar la existencia de su derecho respecto al bien del concursado (art. 199 TRLC), ya mediante el ejercicio del derecho de separación *ex* art. 239 TRLC, extensible a derechos personales distintos al de propiedad y otros de titularidad jurídica real que habilitan la restitución de un bien concreto y determinado, con separación de este del resto de la masa (v.gr., contratos de arrendamiento, transporte, depósito, comodato, mandato, comisión, agencia, etc.). Sobre la cuestión, en este sentido, RECALDE, «Comentario al art. 80 LC», cit., pp. 1446 y 1462; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 226.

Huelga afirmar que esta posibilidad no permite integrar la completa titularidad del bien en la masa activa: son los concretos derechos del deudor los que se incorporan al patrimonio concursal, con consecuente reflejo de la separación instada por el tercero titular y el reconocimiento de su dominio (o de cualquier otro derecho que impida el ingreso del bien en la masa)²⁰⁷.

También incrementa la masa activa los bienes objeto de garantía²⁰⁸. La eventual *separatio ex iure creditii*, notablemente suavizada en la antigua LC (cfr. arts. 55 y 56) y el vigente TRLC (cfr. arts. 142 y ss.), no riñe con la concurrencia de remanente que deberá ingresar en el patrimonio concursal. Y, de igual manera, acontece con la ejecución separada, sin necesidad de insinuación en la masa pasiva, que es reconocida a los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves (art. 241 TRLC)²⁰⁹.

Asimismo, quedan integrados en la masa los bienes adquiridos por el concursado aunque los contratos de adquisición estén pendientes de cumplimiento²¹⁰. Queda cercenada, pues, la *separatio ex iure dominii* respecto a los bienes comprados a plazos y los financiados con reserva de dominio; más discutible resulta tal limitación en los bienes cedidos en arrendamiento financiero.

²⁰⁷ Como señalara ÁLVAREZ OLALLA en relación a la LC, pese al tenor del art. 139.1 TRLC, es razonable entender que el derecho de separación puede tener por objeto una finalidad meramente declarativa del derecho y no solo reivindicatoria del bien -en «Comentario al artículo 80», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 955-. En este sentido, asimismo, RECALDE, «Comentario al art. 80 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1447.

Como apunta PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 227, es discutible que, formulado el inventario, el tercero solo pueda lograr el reconocimiento de su derecho a través de su impugnación. En efecto, dado el reducido plazo para impugnar el inventario (cfr. art. 297 TRLC) y la función meramente informativa que cumple tal documento, sería controvertido sostener que aquel es el único cauce de que dispone el tercero para hacer valer su derecho. Es así generalmente entendido que debe admitirse la presentación de demandas de separación una vez transcurrido el plazo para la impugnación del informe. De esta opinión, junto a la aludida autora, RECALDE, «Comentario al art. 80 LC», cit., p. 1466.

²⁰⁸ En contra, VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», cit., p. 360.

²⁰⁹ Pese a la nomenclatura empleada por el art. 241 TRLC no se reconoce un verdadero derecho de separación. En rigor, no se trata de excluir bienes de la masa porque se considere que no pertenecen a ella sino porque están afectos a la satisfacción de determinados acreedores que, por tal razón, no están obligados a someterse al proceso concursal (cfr., en relación a la LC, ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 80», cit., p. 921). En cualquier caso, recuérdese que tal prioridad está acotada temporalmente (un año), transcurrido el cual ya no podrá ejecutarse y la clasificación y graduación de créditos se regirá por lo dispuesto en el TRLC (art. 241.2 TRLC).

²¹⁰ En este sentido, respecto a la LC, ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 76», cit., p. 916.

En efecto, en estos supuestos es de aplicación el régimen general predispuesto en los arts. 156 y ss. TRLC. En consecuencia, se podrá solicitar la resolución del contrato si fuera conveniente al interés del concurso en los términos del art. 165 TRLC, se podrán hacer valer las facultades de resolución *ex* arts. 160 y 161 TRLC ante eventuales incumplimientos, y se podrán rehabilitar los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso (cfr. art. 167 TRLC). En otras palabras, el crédito que resulte a favor del tercero deberá enjugarse en el proceso concursal sin que pueda ser reconocido un derecho de separación respecto a aquellos bienes.

Este régimen debe convivir, empero, con el diseñado en los arts. 145 a 151 TRLC, que admite, como analizaremos, la posibilidad de ejecución separada de los bienes y derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (arts. 144, 146 a 148 y 150 TRLC).

De otro lado, integran la masa activa los bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa. Así se deduce de la facultad de que tales bienes puedan ser enajenados, quedando el adquirente a resultas del litigio y sin que pueda oponerse la contraparte (art. 207 TRLC).

2.3. Los bienes y derechos que se integran en la masa activa del concursado casado en régimen de comunidad y determinación de otras titularidades difusas

Los arts. 193 a 197 TRLC conforman un conjunto de reglas destinadas a precisar qué bienes y derechos de la persona casada deben integrarse en la masa activa. Como regla general, exclusivamente los bienes y derechos propios o privativos del concursado comprenden aquella masa (art. 193.1 TRLC)²¹¹.

²¹¹ En los regímenes de separación de bienes (art. 1435 CC) y de participación (arts. 1411 y ss. CC) debe quedar acreditado por criterios voluntarios o legales la determinación de la titularidad. Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, se presume que el bien es de ambos cónyuges por mitad (art. 1441 CC). En el régimen de gananciales, para determinar el carácter privativo deberemos estar a los criterios generales establecidos en el art. 1346 CC, así como a otros preceptos del mismo texto legal (vid. arts. 1348, 1349, 1352, 1356 ó 1357). El carácter privativo debe ser por la totalidad del bien (arts. 1354 y 1356 CC). Sobre la cuestión, vid. ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 77», cit., p. 1409.

Ahora bien, cuando el régimen económico matrimonial fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, engrosan asimismo la masa activa los bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado (art. 193.2 TRLC). En esta extensión de la responsabilidad patrimonial universal, en una suerte de traslación de lo dispuesto en el art. 1369 CC, es necesario concretar qué bienes del patrimonio común deben responder de las obligaciones del deudor concursado²¹².

Al menos en el régimen de gananciales, los bienes comunes responden: de las deudas consorciales *ex art. 1365 CC* -esto es, las derivadas del ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales (1º) y del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o de la administración ordinaria de los propios bienes (2º)-; de las obligaciones extraconcursoales *ex art. 1366 CC*, es decir, siempre que la actuación del cónyuge lo sea en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, y en tanto no medie dolo o culpa grave del cónyuge deudor; de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (art. 1367 CC); y de las obligaciones adquiridas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1368 CC).

El régimen de las deudas consorciales se ha de completar con lo dispuesto en los arts. 6 a 12 CCom/1885 cuando el concursado sea comerciante (art. 1365.2º CC). En estas hipótesis integran la masa activa los bienes adquiridos a resultas del comercio (art. 6, primer inciso). Los demás bienes comunes solo quedan obligados si cuentan con el consentimiento de ambos cónyuges (art. 6 *in fine*). Se establecen para ello dos presunciones. En primer lugar, el consentimiento se presume otorgado cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo (art. 7); en segundo término, de igual modo se presume cuando al contraer matrimonio uno de los cónyuges se hallare ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del

²¹² Con todo, estas normas de ámbito estatal no pueden modificar las reglas de Derecho civil autonómico sobre responsabilidad por deudas de los cónyuges. Para la correcta delimitación de las masas responsables deberemos estar a tal regulación propia (cfr. PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 260).

otro (art. 8). Este consentimiento, sin embargo, sea expreso o presunto, puede ser revocado en cualquier momento por el cónyuge *in bonis* (art. 10)²¹³.

Finalmente, se establece un régimen de responsabilidad subsidiario (arts. 1373 CC y 541 LEC). A la luz de este régimen, cuando el patrimonio personal del cónyuge deudor no es suficiente para hacer efectivas las deudas propias, el acreedor puede instar el embargo de los bienes gananciales que debe ser notificado al otro cónyuge. En tal situación se advierten dos opciones, bien que el cónyuge pida la disolución de la sociedad de gananciales, con sustitución en el embargo de los bienes comunes por la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, o bien que la ejecución continúe sobre los bienes comunes, en cuyo caso aquel gozará de un crédito frente a la sociedad de gananciales a ejercitar en el momento de su liquidación (art. 1373-II CC)²¹⁴.

En sede concursal, cuando los bienes gananciales o comunes deban responder de obligaciones del concursado, con inclusión de los mismos en el inventario, el art. 125.1 TRLC habilita que el cónyuge *in bonis* pueda solicitar la disolución de la sociedad o comunidad conyugal. En estos supuestos, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges, que se llevará a cabo de forma coordinada, ya con el convenio, ya con la liquidación de la masa activa (art. 125.2 TRLC).

Los bienes gananciales, en consecuencia, deben integrar la masa activa sea a título principal y en su totalidad -arts. 1365 a 1368 CC y 6 y ss. CCom/1885-, sea a título subsidiario y en su mitad²¹⁵. Como es lógico, los textos concursales han de reflejar fielmente los límites y extensión de esta responsabilidad. Es decir, en el inventario se incluirá «la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes cuando debe responder de obligaciones del concursado, con expresa indicación de este carácter» (art. 198.2 TRLC); y en la lista de acreedores, «se relacionarán separadamente los créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común» (art. 286.4 TRLC).

²¹³ Como dispone el art. 11, se exige para ello que los actos de consentimiento, oposición y revocación a que se refieren los arts. 7, 9 y 10, consten, a los efectos de tercero, en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil, sin que los de revocación puedan, en ningún caso, perjudicar derechos adquiridos con anterioridad.

²¹⁴ Vid. ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 77», cit., p. 1411.

²¹⁵ Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 77», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 931.

Respecto al régimen de separación de bienes, localizamos en los arts. 194 a 196 TRLC algunas previsiones dirigidas a dar solución a la indeterminación en la titularidad de ciertos bienes. Se pretende solventar con ello el espinoso problema de la contratación entre cónyuges y el transvase patrimonial entre las masas privativas de cada uno de estos. Aunque tales preceptos parecen estar diseñados para las adquisiciones del cónyuge del concursado con terceros nada impide que, si se dan los presupuestos, se pueda aplicar a las adquisiciones entre cónyuges²¹⁶.

El art. 195 TRLC se sirve de dos presunciones *iuris tantum* en orden a facilitar la reintegración en la masa de bienes que, habiendo sido adquiridos formalmente por el cónyuge, en realidad pertenecen al concursado (simulación), o de activos que, a pesar de corresponder al cónyuge *in bonis*, se obtienen mediante donaciones o préstamos no devueltos con el consecuente perjuicio para la masa activa²¹⁷.

En la primera presunción, adquirido el bien a título oneroso por el cónyuge del concursado pero no probada la procedencia de la contraprestación se presume, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición se haya realizado en el año previo a la declaración de concurso (art. 195.1 TRLC). En la segunda, se entiende efectuada una donación cuando se acredite que la contraprestación satisfecha para la adquisición de bienes a título oneroso por el cónyuge ha sido realizada -directa o indirectamente- con cargo al patrimonio del concursado a excepción de que medie prueba en sentido contrario (art. 195.2 TRLC).

De este modo, se estatuyen remedios dirigidos a mitigar el fraude, facilitando la demostración del hecho presunto. En puridad, la mera prueba de que se ha producido la adquisición a título oneroso, al menos en la primera presunción, conlleva que esta regla presuntiva despliegue toda su eficacia. Y la prueba de que los fondos proceden del patrimonio del concursado unida a la adquisición a título oneroso, con la segunda presunción, extenderá *a priori* el patrimonio afectado por el perjuicio.

²¹⁶ En este sentido, en relación al derogado art. 78 LC, ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 78», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1418.

²¹⁷ Cfr. ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 78», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 936 y 937. Como señala la autora, estas presunciones traen causa del art. 1442 CC, tácitamente derogado con la entrada en vigor de la LC y hoy con el TRLC. Esta presunción es generalmente denominada “muciana moderna de carácter concursal”. Sobre la cuestión, asimismo, vid. ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 78», cit., p. 1417.

La ausencia de contraprueba del hecho indicio o del presunto o la desestimación de la aportada²¹⁸, permite a la administración concursal o a los acreedores ejercitar, según el supuesto, las oportunas acciones rescisorias concursales o demás de impugnación que procedan conforme al derecho general *ex art 288 TRLC*.

De otro lado, debe apreciarse que las presunciones descritas no operan cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho (art. 195.3 TRLC). Esta circunstancia corresponde ser probada al cónyuge *in bonis* en tanto que, como regla general, se presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC). El art. 195.3 TRLC aclara, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo art. 78.2 LC, que la separación ha de concurrir en el momento de la adquisición a título oneroso y no durante todo el periodo que media hasta la declaración de concurso²¹⁹.

Junto a lo expuesto, el art. 196 TRLC dispone otra regla en relación a los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia. Según aquella, declarado el concurso, los referidos bienes se consideran divisibles y se han de integrar en la masa activa en la mitad correspondiente al concursado. En todo caso, el art. 194.1 TRLC reconoce que el cónyuge *in bonis* tiene derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa en la mitad de su valor (cfr. art. 194.2 y 3 TRLC).

Por último, se incorporan a la masa activa los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto, admitiéndose prueba en contrario que debe ser apreciada como suficiente por la administración concursal (art. 197.1 TRLC).

En el tráfico ordinario, como ha reconocido el TS²²⁰, la titularidad indistinta de la cuenta no determina la existencia de un condominio y menos por partes iguales del

²¹⁸ La contraprueba puede ir dirigida a demostrar, en la primera presunción, la exclusiva titularidad del cónyuge respecto a los activos que se hayan dado en contraprestación o que la adquisición se produjo antes del plazo de un año a la declaración de concurso que establece el art. 195.1 *in fine* LC; en la segunda presunción, que los fondos invertidos no procedían en realidad del concursado por ser de su exclusiva titularidad (v.gr., no existe donación sino una devolución de préstamo, permuta o compraventa).

²¹⁹ Ya de esta opinión bajo la redacción de la LC, ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 78», cit., p. 939, que recoge otros criterios sostenidos por la doctrina en el régimen precedente. En contra, ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 78», cit., p. 1420, para el que la situación de separación de hecho había de darse tanto en el momento anterior a la adquisición de los bienes como en todo el periodo de tiempo posterior, al menos durante la vigencia del concurso, ya que la reconciliación (art. 88 CC) extingue la situación de separación con plena aplicación de las presunciones.

²²⁰ Entre otras, vid. SSTS (Sala 1ª) 1090, de 19 de diciembre de 1995 (Roj: STS 6498/1995), 601/1999, de 5 de julio (Roj: STS 4779/1999), 1040/2003, de 12 de noviembre (Roj: STS 7076/2003), 1107/2006, de 8 de noviembre (Roj: STS 6614/2006), 887/2011, de 25 de noviembre (Roj: STS

saldo existente. Es decir, es la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre la cuenta la que define el carácter común de los mismos. Ahora bien, en ausencia de prueba que permita acreditar la pertenencia privativa (v.gr., con un resguardo de entrega de cantidad), se presume que el saldo acreedor debe dividirse en tantas partes iguales como titulares tenga la cuenta (arts. 393 y 1138 CC).

Esta regla general sufre notables variaciones con la declaración de concurso: desde entonces e *ipso iure* los fondos de la cuenta indistinta se figuran en su totalidad del concursado recayendo en el resto de titulares la carga de demostrar el carácter privativo de los fondos.

Este efecto constata la intensidad y extensión de la afección patrimonial asociada a la situación jurídica de concurso. Se invierte, en consecuencia, la norma común desplazando hacia el resto de titulares la carga de aportar los medios de prueba suficientes que respalden su pretensión.

En esta sede deviene efectiva, pues, una suerte de *separatio ex iure domini*²²¹ dotada de las garantías propias del art. 24 CE. En efecto, el titular interesado puede aportar a la administración concursal las pruebas en contrario que permitan excluir total o parcialmente el saldo acreedor de la masa²²². Examinadas las mismas, corresponde a la administración concursal decidir sobre la procedencia de incluir tales fondos en la masa activa, lo que tiene consecuente reflejo en el inventario que se aporte junto al informe (art. 198 TRLC)²²³. Frente a la decisión de la administración sobre el saldo, el cotitular *in bonis* -o cualquier interesado- puede plantear la cuestión ante el juez del concurso que se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 197.2 TRLC).

8016/2011), 83/2013, de 15 de febrero (Roj: STS 505/2013) y 534/2018, de 28 de septiembre (Roj: STS 3335/2018); también SSTS (Sala 3ª) de 17 octubre de 1994 (Roj: STS 12631/1994) y 18 de octubre de 1994 (Roj: STS 13342/1994).

²²¹ Como titular indistinto, el concursado detenta un poder total de disposición sobre el saldo acreedor, lo que equipara la situación del cotitular de la cuenta a la de los propietarios cuyos bienes se encuentran en poder del deudor, facultados para solicitar la entrega de lo que les pertenece (art. 239.1 TRLC) -en este sentido, en relación al antiguo art. 80.1 LC, vid. MADRAZO, «Comentario al artículo 79», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1436 y 1437; también ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 79», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 950-.

²²² Para ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 79», cit., p. 950, ello supone una inversión de la carga de la prueba respecto a la regla general: en el concurso, el cotitular que pretende la separación de la mitad de los fondos (o en su totalidad) deberá probar que a él le pertenecen.

²²³ Siguiendo a MADRAZO, «Comentario al artículo 79», cit., pp. 1434 y 1435, tanto si la administración concursal actúa de oficio excluyendo el saldo acreedor por entender que pertenece total o parcialmente a un cotitular *in bonis*, como si tal pretensión es estimulada por el propio cotitular, la decisión debe consignarse en acta en tanto que se desvirtúa la presunción legal y queda revocada la consecuencia jurídica aneja a la misma.

2.4. Los bienes y derechos que se adquieran por el deudor hasta la conclusión del procedimiento

Unido a lo expuesto, conforman la masa activa los bienes y derechos que se adquieren hasta la conclusión del procedimiento (art. 192.1 *in fine* TRLC). Este reconocimiento legal, que parece identificar el ámbito temporal de la masa activa con la duración del procedimiento²²⁴, precisa empero dos observaciones.

De un lado, debe tenerse en cuenta que la sustitución de los efectos de la declaración de concurso por los que establezca el propio convenio, desde su eficacia (art. 394.1 TRLC)²²⁵, puede llevar consigo modulaciones en la formación de la masa activa. De otro, que la inexistencia de bienes y derechos una vez finalizada la liquidación o la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa acarrea la conclusión del concurso (art. 465.4º y 5º TRLC), pero no, en cambio, la extinción de la responsabilidad patrimonial universal. En efecto, dictada la resolución acordando la conclusión del concurso, las ulteriores adquisiciones pueden ser objeto de agresión individual por los acreedores no satisfechos, que incluso están facultados para estimular la reapertura del concurso cuando reputen ejercitables acciones de reintegración o aporten hechos relevantes que conduzcan a una eventual calificación del concurso como culpable (vid. art. 505.2 TRLC).

Este régimen legal, respetuoso con el mandato general contenido en el art. 1911 CC, convive actualmente con otro sistema (arts. 486 a 502 TRLC) que modula su común eficacia. De resultar este aplicable y en tanto se cumplan los presupuestos legalmente estipulados, se garantiza la rehabilitación económica del concursado, con decaimiento del principio de responsabilidad patrimonial universal²²⁶.

²²⁴ En este sentido, en relación a la LC, TIRADO, «Comentario al artículo 76», cit., p. 1364.

²²⁵ Con todo, la referida sustitución no es completa pues, como exponemos *infra*, subsisten algunos efectos de la declaración de concurso. Sobre la cuestión, vid. Capítulo III.

²²⁶ La rehabilitación económica del deudor insolvente estaba ya contemplada en la *Konkursordnung* alemana de 1877 pero por otra vía: solo integraban la masa activa los bienes y derechos que correspondían al deudor en el momento de la declaración de concurso, liberando del procedimiento de quiebra las nuevas adquisiciones del deudor. La vigente InsO, por el contrario, integra en la masa activa los bienes y derechos que se adquieran con posterioridad (art. 35).

En España, en el régimen precedente a la LC, pese a que el CCom/1885 guardaba silencio, era generalmente entendido que, en armonía con el art. 1911 CC, la masa activa también debía estar integrada por los bienes y derechos que se adquirieran tras la declaración de quiebra. En este sentido, rezaba el antiguo art. 1037 CCom/1829: «En las disposiciones de los dos artículos precedentes se comprenden los bienes que por cualquiera título adquiera el quebrado hasta finalizarse la quiebra por el pago de los acreedores ó por convenio con los mismos». Al respecto, vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*,

La inclusión de los bienes y derechos en la masa activa que se adquieran hasta la conclusión del procedimiento resulta una exigencia lógica de la afección patrimonial que el concurso instaura en recta contrapartida a la limitación que en sus posibilidades de agresión individual padecen los acreedores tras la constitución de la nueva situación jurídica. Por lo demás, se trata de una incorporación automática que opera *ipso iure* tras la declaración de concurso, con independencia de la suficiencia de la masa activa para la satisfacción de los acreedores del deudor común²²⁷.

La adquisición de tales bienes puede producirse a título gratuito (donación o sucesión *mortis causa*) o a título oneroso. La primera no plantea especiales dificultades: se trata de bienes que derivan de la actividad de terceros y no requieren de una concreta acción del deudor más allá de la mera aceptación. Tal aquiescencia, sin embargo, sí puede resultar problemática. En principio, las donaciones puras y los legados pueden ser aceptados por el deudor, sin intervención de la administración concursal, con consecuente integración en la masa activa. En realidad, se trata de activos desprovistos de cargas que acrecienten el pasivo por lo que no existen obstáculos para su admisión. La aceptación de la herencia y las donaciones condicionadas, por el contrario, sí pueden requerir el beneplácito de la administración concursal en tanto que la entrada de estos nuevos valores a la masa pueda venir acompañada de lastres que precisen de su valoración en interés del concurso²²⁸.

Más intrincado se reputa esclarecer si el concursado puede repudiar la herencia. Es discutible que, no aceptada la herencia por el deudor, se pueda impedir a la administración concursal aceptar aquella en beneficio de los acreedores. Se trataría de una adaptación al concurso de la llamada aceptación por los acreedores del art. 1001 CC, prevista para supuestos en los que el heredero deudor repudia la herencia en perjuicio de aquellos. Para cierto sector de la doctrina, aunque en una interpretación

tomo V, 7ª ed. (reimpresión), Temis, Bogotá, 1987, p. 52; y RAMÍREZ, *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998, pp. 950 y ss., con referencias a los sistemas alemán e italiano.

²²⁷ Cfr. TIRADO, «Comentario al artículo 76», cit., p. 1365.

²²⁸ En este sentido, vid. TIRADO, «Comentario al artículo 76», cit., p. 1365, y MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 40», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 802 y 803.

extensiva acorde con los fines del concurso, el art. 120 TRLC parece proporcionar los moldes para su implementación²²⁹.

Las adquisiciones a título oneroso requieren una mayor distinción atendido el dispar sistema limitativo de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor que lleva consigo la declaración de concurso (arts. 28.1.3º, 106 y ss., 321 y 413.1 TRLC).

En supuestos de suspensión, los bienes y derechos ingresan en la masa activa como consecuencia de la actividad patrimonial que desarrolle la administración concursal. De igual modo acontece en supuestos de intervención, si bien es el deudor el que, con la previa autorización o posterior ratificación de la administración concursal, lleve a cabo tal cometido.

Especial referencia merece la entrada de bienes y derechos derivados de la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 111 a 113 TRLC). El legislador favorece la continuidad de la aludida actividad permitiendo, de un lado, que hasta la aceptación de la administración concursal, y sin perjuicio de las medidas cautelares acordadas por el juez al declarar el concurso, el concursado pueda realizar los actos que sean imprescindibles para tal continuación «siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado» (art. 111.2 TRLC)²³⁰; de otro, que la administración concursal, en el régimen de intervención y con el fin de evitar reiteradas autorizaciones o ratificaciones, determine los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por su director o directores generales (art. 112

²²⁹ En relación al derogado art. 54 LC, vid. PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 237, que entendía que aunque el precepto solo se refiriera al «ejercicio de acciones del concursado» no debía excluirse la aplicación de los mismos criterios cuando se tratara del ejercicio de facultades de los acreedores en aras a enriquecer el patrimonio del deudor. La autora incluso hacía extensible esta posibilidad de aceptación a los acreedores en aplicación de lo dispuesto en el apartado 4º del art. 54 LC (actual art. 122 TRLC).

²³⁰ El TRLC corrige los problemas que acompañaban al antiguo art. 44.2-II (actual art. 111.2) que, por su ubicación sistemática, en sede de intervención (art. 44.2 LC) llevó a la doctrina a discutir sobre su posible aplicación a los supuestos de suspensión. Ya a favor, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 44 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 918; en contra, ZURIÑA CARIÑANA, «Comentario al artículo 44», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 386, y MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, 2005, nº 13, p. 24: «porque no cabe aplicar analógicamente una excepción (prevista para el caso de intervención) a un supuesto distinto del legalmente establecido (suspensión), y porque está plenamente justificado este desigual tratamiento jurídico, en la medida en que la suspensión es una situación más grave que la intervención».

TRLC); y, finalmente, habilitando a la administración concursal para que, en el régimen de suspensión, adopte las medidas que considere necesarias para la continuación de la aludida actividad (art. 113 TRLC)²³¹.

El completo régimen de impugnación ante una eventual actuación *ultra vires* del deudor disipa los problemas que esta pudiera originar. Esto es, al margen del sistema de suspensión o intervención decretado, en tanto se respete el régimen jurídico predispuesto legalmente (arts. 106 y ss., 204 a 206, 321 y 413.1 TRLC), el nuevo activo ingresará en el patrimonio concursal como resultado de una actividad jurídica externa habilitada por el ordenamiento jurídico para la consecución de sus fines.

Finalmente, acrecentarán el activo el resto de ingresos que puedan derivar de cualesquiera otras actividades desarrolladas por el concursado (v.gr., lotería, premios, libros, patentes, pintura o el ejercicio de la propia profesión directamente o como asalariado). En estos supuestos, la afección patrimonial se extiende a todo activo *ex novo* que pueda producir el concursado con rechazo del nuevo pasivo que, salvo convalidación o confirmación de la administración concursal (art. 109 TRLC), no engrosan la masa pasiva ni constituyen créditos contra la masa²³².

2.5. Los bienes y derechos objeto de reintegración y créditos derivados de la responsabilidad de terceros

Por último, acrece la masa activa con los bienes y derechos que, por cualquiera de los medios que habilita el ordenamiento concursal, sean reintegrados a esta (arts. 226 a 238 y 697 a 699 TRLC) o respondan a una actuación personal dolosa o culposa en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 455 y ss. TRLC).

De igual modo acontece con los créditos que deriven de la eventual acción social de responsabilidad contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, la

²³¹ Y es que cuando el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado no se concreta de forma principal en actos de administración y disposición de bienes de la masa activa, el deudor puede continuar desarrollando, por el interés del concurso y aun en el régimen de suspensión, tal actividad. Como señala MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 44 LC», cit., pp. 916 y 917, así ocurre en actividades preferentemente manuales o técnicas (v.gr., fontanero o médico que desarrolla el oficio en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios) o en cualesquiera otras en las que los efectos de la actividad del concursado recaen sobre una esfera jurídica ajena.

²³² Como señala TIRADO, «Comentario al artículo 76», cit., pp. 1366 y 1367, las consecuencias descritas podrían determinar, *a priori*, una reducción de las iniciativas empresariales, si bien no puede obviarse que el deudor concursado puede actuar empresarialmente a través de una sociedad. En tal caso, los derechos de socio del concursado integrarán la masa activa pero no los bienes sociales que quedarán afectos a la satisfacción de los acreedores de la sociedad.

persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y la persona que, con independencia de su denominación, tenga atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad (art. 132.1 TRLC)²³³, sus auditores, así como contra los expertos independientes que hubieran valorado aportaciones sociales o dinerarias en las ampliaciones de capital de la sociedad concursada (art. 132.2 TRLC).

En fin, la masa activa aumenta con el resultado favorable que arroje el ejercicio de las acciones en reclamación de las deudas anteriores a la declaración de concurso (art. 131.1 TRLC) o desembolsos de aportaciones sociales diferidas que pudieran ser dirigidas contra los socios (art. 131.2 TRLC).

Sobre el régimen jurídico de estas acciones y su incidencia en la masa, nos remitimos a lo descrito *infra* (Capítulos III y VIII).

²³³ Respecto a esta última persona reza el precepto: «cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados».

CAPÍTULO III
LA AFECCIÓN PATRIMONIAL
ASOCIADA A LA DECLARACIÓN DE
CONCURSO

1. LA OCUPACIÓN COMO INSTRUMENTO DE SUJECCIÓN PATRIMONIAL EN EL RÉGIMEN VIGENTE

Es obvio admitir que sin patrimonio sobre el que actuar la responsabilidad, el proceso concursal carece de objeto y razón de ser²³⁴. También que solo es posible dispensar con éxito la tutela que procura este proceso si los bienes sobre los que recae aquella se hallan afectos al poder encargado de restablecer el orden legal. Ambas afirmaciones se traducen en la necesidad de que el proceso concursal cuente con un patrimonio sobre el que operar (vid. art. 465.4º y 5º y 470 TRLC²³⁵), cuya afección quede garantizada, desde un estadio inicial, a los propósitos del concurso.

En todas las legislaciones precedentes a 2003, se constata la concurrencia de un acto mediante el cual se exteriorizaba la sujeción material del patrimonio del deudor insolvente al órgano encargado de su dirección. Particularmente, en los textos decimonónicos aplicables, ocupación y embargo²³⁶ (art. 1334 LEC/1881 y arts. 1044 y

²³⁴ Como afirmara GUASP, cualquier proceso de ejecución (así concebía la quiebra), sin bienes sobre los que actuar, se movería en el vacío (en *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd"*, cit., p. 170).

²³⁵ Constituye un debate doctrinal clásico determinar si la insuficiencia de masa debe operar como una causa de inadmisión a trámite de la solicitud de concurso, o, por el contrario, debe constituir una causa de conclusión. Originalmente, la LC de 2003 no resolvió la cuestión. Fue la Ley 38/2011 la que se decantó por estimar la insuficiencia de masa como causa de conclusión del concurso. Actualmente, el art. 470 TRLC dispone: «El juez podrá acordar en el mismo auto de declaración de concurso la conclusión del procedimiento cuando aprecie de manera evidente que la masa activa presumiblemente será insuficiente para la satisfacción de los posibles gastos del procedimiento, y además, que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable». Con este artículo (como ocurría con el derogado art. 176 bis.4 LC) se salva un importante escollo pues, dado el régimen jurídico actual, de no procederse a la apertura de concurso cuando concurren los presupuestos legales para ello se lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del sujeto que insta la declaración.

Cuestión distinta es que la suficiencia de bienes y derechos haya de constituir un presupuesto objetivo para la declaración de concurso. Con todo, a nuestro juicio, esta opción debe ser descartada, pues la no declaración de concurso impide al juez constatar la realidad patrimonial del concursado. Por ejemplo, le resultará difícil determinar si es posible el ejercicio de acciones de reintegración, de responsabilidad de terceros o es posible una calificación del concurso como culpable; o, desde el lado del pasivo, conocer el montante de gastos del procedimiento. En definitiva, las circunstancias descritas determinan la exigencia de declarar el concurso para conocer la situación patrimonial del deudor y concretar los derroteros que debe seguir aquel.

²³⁶ Era comúnmente aceptado que la ocupación constituía un genuino embargo judicial, manifestación de la proyección de la actividad jurisdiccional sobre todo el patrimonio del concursado. En este sentido, respecto a la quiebra, vid. GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd"*, cit., pp. 171 y 214, y GASCÓN INCHAUSTI, «La tercera concursal: el ejercicio del derecho de separación ex iure dominio en los procesos concursales», *Tribunales de Justicia*, nº 2, 2000, p. 2; respecto a la suspensión de pagos, habla de cuasi-ocupación, TORRES DE CRUELLS, *La suspensión de pagos*, ed. Bosch, Barcelona, 1957, pp. 229 y ss., y el propio GASCÓN INCHAUSTI en el mismo trabajo, p. 29. En la

ss. CCom/1829 para la quiebra; arts. 1173 y ss. LEC/1881 para el antiguo concurso de acreedores), constituyeron los actos que, acompañados en su caso de otras medidas más drásticas (v.gr., arresto), materializaban, tras la declaración judicial de insolvencia, la separación del deudor de su patrimonio y la atribución de su gestión a un tercero como instrumento para su salvaguarda.

Autores de la talla de GUASP defendieron entonces, en relación a la quiebra, la necesidad de tales actividades reales de ocupación: «tratándose (...) de satisfacer al acreedor mediante conductas físicas si en la quiebra no se contara más que con un acervo de declaraciones de derecho, el Juez se vería, en definitiva, impotente para cumplir la función que aquí le está asignada: el reparto material de los bienes del deudor entre sus acreedores. No es una razón de garantía o cautela de la situación jurídica de apoderamiento la que obliga al derecho positivo a establecer un régimen de ocupación física. Es que la propia idea esencial del proceso de ejecución (...) obliga a dar cumplimiento material a las consecuencias de principio de la declaración de quiebra»²³⁷.

Es evidente que conservar una legislación del siglo XIX hasta el mismo siglo XXI contribuyó a que nuestra legislación mantuviera actos que, derivados de aquel tiempo, exteriorizaban frente a terceros la afección del patrimonio del deudor a los fines del concreto proceso colectivo al que estuviera sometido. Cuestión distinta es que el uso de estos instrumentos gozara de justificación técnica, pues aunque entonces se consideraba la ocupación como el título habilitante que legitimaba cualquier medida de realización forzosa del órgano jurisdiccional sobre los bienes y derechos del deudor, era

jurisprudencia, con carácter general respecto a todo proceso concursal, vid. STS (Sala 1ª) de 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025), FJ 6º: «En todo procedimiento de ejecución colectiva o concursal, y la suspensión de pagos es uno de ellos, el embargo de bienes, que es medida aseguradora o cautelar propia y específica de los procedimientos de ejecución individual (juicio ejecutivo, por ejemplo), viene a ser sustituido por la ocupación o cuasi-ocupación de los bienes del deudor (en este caso el suspenso), o sea, dicho en otros términos, la referida ocupación o intervención judicial de bienes en el procedimiento de ejecución colectiva es medida aseguradora o cautelar idéntica o similar al embargo de bienes en los procedimientos de ejecución individual». Respecto al antiguo concurso de acreedores, vid. STS de 8 de febrero de 1988 (RAJ 766), FJ 2º. Entiende que, aunque con similitudes, concurrían diferencias considerables entre ocupación y embargo, CARRERAS LLANSANA, «La declaración de la quiebra», cit., p. 65.

El referido carácter cautelar de la ocupación parece ser defendido por GARRIGUES en un informe solicitado en el caso de la Barcelona Traction por la Société Internationale d'Énergie Hydro-Électrique (SIDRO) -visto en ESCOBEDO DUATO, *La quiebra de la «Barcelona Traction»*, 2ª ed., ed. Talleres gráficos Mariano Galvé, Barcelona, 1957, p. 109-. En contra de reconocer tal naturaleza a la ocupación, el mismo ESCOBEDO DUATO, ibídem, pp. 109 y ss.

²³⁷ GUASP, *La quiebra de la «Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd»*, cit., p. 178. Siguiendo este razonamiento, en el régimen actual, de igual modo, sería necesaria la ocupación material del patrimonio. Sin embargo, como se verá, la afección patrimonial derivada de la resolución declarativa de concurso, y las cautelas anejas a esta, hacen innecesario cualquier acto dirigido a la sujeción material del patrimonio objeto de responsabilidad en el régimen vigente.

comúnmente admitido que la afección patrimonial devenía efectiva desde el momento en que la declaración de quiebra era emitida -y no desde que la antedicha ocupación se producía-²³⁸.

Se aprecia así que, aunque en aras a evitar perturbaciones patrimoniales pudiera ser preciso distinguir entre la faz jurídica y la faz material de las relaciones entre los sujetos y el objeto del concurso²³⁹, cuando la declaración de insolvencia viene acompañada de un cuadro de previsiones dirigidas a evitar la eficacia de aquellos actos perturbadores -mediante un adecuado régimen de publicidad, de inscripciones registrales y de acciones rescisorias-, nada aporta un acto de posesión efectiva como el que la ocupación propugnaba²⁴⁰.

Como es lógico, en esta cuestión, la legislación vigente rompe con sus predecesoras²⁴¹. Aunque mantiene la sujeción patrimonial desde el dictado del auto de

²³⁸ De este modo lo reconoce el propio GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C.º Ltd"*, cit., p. 181: «La disponibilidad de los bienes de la quiebra, consecuencia del apoderamiento entendido como situación jurídica, nace, pues, automática e inmediatamente que la declaración de quiebra se produce; es consecuente, sin más, a dicha declaración, y no exige, para su eficacia jurídica, la ulterior realización ejecutiva de las operaciones materiales en que la ocupación también consiste». De la misma opinión, vid. POLO DíEZ/BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., pp. 371 y ss., URÍA, *La quiebra de «Barcelona Traction»*, ed. Artes Gráficas Quintilla y Cardona, Barcelona, 1953, pp. 101 y ss., y GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º Ltd."*, cit., p. 292.

²³⁹ Como apuntaba el propio GUASP, el ordenamiento jurídico puede atender a la situación material de los bienes, esto es, tomar en consideración los hechos puros para atribuirles consecuencias distintas de las que les corresponden por la calificación jurídica que tienen esos hechos. En el ejemplo que él mismo utiliza: si el derecho establece que quien detenta la pura detención de una cosa pueda transmitirla con plena validez, la transmisión de la cosa, de concurrir tal circunstancia y hasta que no sea privado físicamente de su detentación, sería válida (ibídem, pp. 176 a 178). Parece también reconocer cierta funcionalidad a la ocupación, POLO DíEZ/BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., p. 376: «Ciertamente la *ocupación material* aparece regulada por la Ley, pero esta ocupación *no genera el apoderamiento*, sino que simplemente *asegura* su eficacia; *no crea* los derechos de los acreedores, actuados por el Depositario y los Síndicos, sino que solamente los *garantiza*».

²⁴⁰ Aún más cuando era comúnmente aceptado que la ocupación implicaba una ya adquirida posesión civilísima de los bienes del quebrado derivada del dictado del auto de declaración de quiebra. En este sentido, vid. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º Ltd."*, cit., *passim*, entre otras, pp. 298 y 351 y ss.; ESCOBEDO DUATO, *La quiebra de la "Barcelona Traction"*, cit., pp. 111, 113 y 114; GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C.º Ltd"*, cit., *passim*; POLO DíEZ/BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., pp. 373 y ss.; y URÍA, *La quiebra de «Barcelona Traction»*, cit., pp. 101 y ss., especialmente, pp. 111 y ss.

²⁴¹ No lo hacía, en cambio, el Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959, que mantenía el acto de ocupación y entrega de la posesión de los bienes muebles (incluida la anotación preventiva de embargo respecto a los inmuebles) en los arts. 41 -«Una vez declarado el concurso se ocuparán todos los bienes libres, papeles y correspondencia del deudor común y se pondrán a disposición del órgano de administración quien habrá de inventariarlos de modo minucioso»- y 42 -«Los bienes inmuebles se pondrán bajo la administración del concurso tomándose anotaciones preventivas de embargo en el Registro de la Propiedad. El dinero, los valores y alhajas u objetos de gran valor, se depositarán en un establecimiento bancario o en la Caja General de Depósitos. Los demás bienes muebles se entregarán bajo inventario al órgano de administración para su custodia. Se decretará la retención de los créditos de que el concursado sea titular, que será notificada en debida forma a los deudores»-.

declaración de concurso, elimina cualquier vestigio de la ocupación como acto material necesario subsiguiente a aquella declaración.

2. EL EMBARGO EN EL PROCESO CONCURSAL

2.1. ¿Contiene la declaración de concurso un acto de embargo del patrimonio del deudor?

Tras lo expuesto, conviene esclarecer si la declaración de concurso contiene o viene acompañada de un concreto acto de embargo del patrimonio concursal.

De partida, el embargo no figura entre los extremos que constituyen el contenido necesario del auto declarativo de concurso (arts. 28.1 y 31.1 TRLC)²⁴². Aun así, podríamos plantear su práctica a la vista del art. 28.3 TRLC: el juez, con el referido auto, puede acordar «las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo»; y, posteriormente, en atención al art. 204 TRLC: «En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a la conservación de los elementos que la integren del modo más conveniente para el interés del concurso. A tal fin, la administración concursal podrá solicitar del juzgado el auxilio que estime necesario».

En ambas hipótesis, el eventual embargo que se adoptara constituiría un acto judicial independiente del referido auto. Adviértase que tal embargo, de resultar eficaz, operaría como un instrumento al servicio de la resolución declarativa de concurso destinado a garantizar la correcta conservación del patrimonio concursal en cumplimiento de una tutela ya concedida.

Si bien se mira, el embargo de los bienes afectos a la actividad concursal tiene escasa cabida en este proceso. Más allá del que pudiera acordarse al admitir a trámite la declaración de concurso (art. 18 TRLC), se trata de un acto privado de cualquier transcendencia jurídica respecto al patrimonio del concursado. Y es que, desde un punto de vista funcional, el embargo no brinda, respecto a los bienes que integran la masa activa, ninguna posibilidad que no se halle entre las que ya proporciona el auto de

²⁴² De este modo califican el contenido mínimo que ha de constar en el auto ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», cit., pp. 474 y ss., y PULGAR EZQUERRA, *El concurso de acreedores. La declaración*, cit., pp. 811 y 812.

declaración de concurso. En coherencia con ello, en el art. 133 TRLC localizamos una alusión al embargo de bienes y derechos de administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de directores generales y de socios personalmente responsables de la deuda de la sociedad, pero ni rastro hallamos del embargo de bienes del deudor.

Esta realidad normativa no debe sorprender, pues no es preciso dictar un genuino acto de embargo para que se produzca la afección de todos los bienes y derechos que integran la masa activa a resultas del proceso. La declaración de concurso implica *per sé* una suerte de sujeción ideal y *erga omnes* del destino jurídico de aquellos bienes y derechos a los fines de aquel²⁴³.

2.2. Declaración de concurso y embargo. Diferencias en la afección patrimonial

La aclaración y el discernimiento de ambas figuras no es baladí, pues la extensión e intensidad de estas dos formas de sujeción patrimonial es bien dispar. De manera notable influye que la restauración completa del orden legal resulte más intrincada en el concurso de acreedores que en el proceso de ejecución.

En efecto, las especialidades asociadas al estado de insolvencia y la perturbación de la paz social a la que intenta responder la institución concursal exigen una respuesta más amplia, no solo en cuanto a la variedad de las medidas predisuestas, sino también en cuanto a la magnitud de su alcance²⁴⁴. Como es lógico, los intereses subyacentes,

²⁴³ Siguiendo el amplio concepto de embargo que maneja GUASP en *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C^o. Ltd"*, cit., pp. 170 y 171, bien se podría afirmar que la declaración de concurso es la forma jurídica que adopta el embargo en el concurso de acreedores. Así, señala: «El embargo es un concepto que, en doctrina adecuada, tiene que formularse con deliberada amplitud y ha de recoger dentro de sus términos toda afección específica de bienes, singulares o generales, a las resultas de un proceso de ejecución. (...) embargo es toda afección de bienes a las resultas de un proceso, independientemente de la manera concreta de lograr tal afección que el derecho positivo exija en cada caso» (p. 170). En nuestra exposición abandonamos esta amplia definición de embargo pues las particularidades de una y otra realidad exigen distinguir entre el embargo [entendido como «el acto del Letrado de la Administración de Justicia, en cumplimiento del despacho de ejecución, por el cual son afectados a la ejecución bienes concretos del ejecutado, que permite la realización forzosa de esos bienes y confiere al ejecutante una preferencia de cobro sobre el producto de los mismos» -ORTELLS RAMOS, *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, AA.VV. (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, p. 603-] y la declaración de concurso. A nuestro juicio, un conocimiento preciso y completo de la cuestión exigen un análisis separado de ambos actos pues aunque algunas son las analogías son también muchas las diferencias.

²⁴⁴ Discrepamos de aquellos autores que han entendido que embargo y declaración de insolvencia comparten una común naturaleza solo diferenciada en la intensidad de sus efectos. Entre otros, GUASP defendía que la única distancia que podía encontrarse en este punto entre ejecución singular y ejecución general se descubría en el mayor rigor con que este apoderamiento de bienes se producía en la segunda de las figuras (en *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C^o. Ltd"*, cit., p. 171). En Italia, identificando esta común naturaleza y destacando la mayor intensidad de efectos de la declaración del *fallimento*, SATTA, *Istituzione di Diritto Fallimentare*, 5ª ed., soc. ed. del «Foro italiano»,

público y privados, que justifican la aplicación de reglas especialísimas en el concurso, exigen un mayor apoderamiento de los órganos intervinientes para la dispensa de una tutela más variada y completa.

Partiendo de esta realidad son diversas las desigualdades que identificamos en la sujeción patrimonial asociadas al embargo y al auto de declaración de concurso.

En primer lugar, frente a la afección generalizada de todo el patrimonio en el proceso concursal, concurre una afección individualizada en el proceso de ejecución. El embargo, aunque puede afectar en potencia al entero patrimonio del deudor (con excepción de los bienes inembargables)²⁴⁵, solo es válido si se refiere a bienes determinados e identificados (art. 587.1 LEC). No es posible, por tanto, el embargo en bloque e indiscriminado de los bienes del deudor, so pena de incurrir en nulidad (art. 588.1 LEC).

En este sentido y en segundo lugar, en contraste con la afección operante *ipso iure* desde la declaración de concurso, es preciso dictar en la ejecución un acto concreto para se produzca la afección de los bienes a embargar, consistente en un decreto del Letrado de la Administración de Justicia o una reseña de la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo (arts. 587.1 y 624.1.1º LEC).

En tercer lugar, el embargo no implica -tampoco el auto de despacho de la ejecución- ni desposesión de los bienes embargados²⁴⁶ ni alteración del poder de disposición que originariamente tenía el ejecutado sobre los mismos²⁴⁷. La única limitación existente en el ejercicio de este poder dispositivo es de carácter procesal y público, en tanto que, desde el embargo y en principio²⁴⁸, los bienes continuarán afectos

Roma, 1957, pp. 128 y 129, y, PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova, 1977, pp. 20 y 21.

²⁴⁵ Por todos, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., *passim*, entre otras, pp. 79, 93 y 146 y ss. Asimismo, vid. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 310.

²⁴⁶ Respecto a la quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 310.

²⁴⁷ Respecto a la quiebra, vid. GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 172.

²⁴⁸ El embargo operará desde el dictado del decreto por el Letrado de la Administración de Justicia o desde que se reseña la descripción de un bien en el acta de diligencia de embargo y aun cuando no se hubieren adoptado todavía medidas de garantía o publicidad de la traba (art. 587.1 LEC). Sin embargo, nótese que el art. 587.2 LEC establece una salvedad a la afección descrita: se deberá atender a las normas de protección de terceros de buena fe que puedan ser de aplicación. Se refiere el legislador al cuadro de garantías que, dispuestas para el tercero que adquirió bienes desconociendo el embargo previo,

a la ejecución al margen de que se produzca su enajenación o se constituyan derechos de garantías sobre los mismos²⁴⁹.

La declaración de concurso entraña, por el contrario, al menos en suspensión, un desposeimiento de todo el patrimonio del deudor, con excepción de los bienes y derechos legalmente inembargables (art. 192.2 TRLC), con atribución del derecho de posesión *ex lege* a los órganos del concurso²⁵⁰. Junto a ello, sin excepción, se instaura un cuadro de limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor que exige de los órganos del concurso un destacado control sobre la actuación jurídica de este en la gestión de los bienes que integran la masa activa con previsión de anulación de los actos del deudor que conculquen aquellas restricciones acordadas (arts. 28.1.3º y 4º, 106 y 109, 321, 405.2 y 413.1 TRLC); también se les atribuye un cúmulo de remedios extraordinarios que habilita la rescisión de actos perjudiciales para la masa en un tiempo, anterior o posterior a aquella declaración, en que no concurría restricción alguna (arts. 226 a 238, 697 a 699 y 405.2 y 558.2 TRLC).

El alcance de la afección asociada al auto de declaración de concurso es, de esta suerte, de carácter procesal y público, pero más intenso y de mayor rigor cuantitativa y cualitativamente que el vinculado al embargo.

3. LOS FINES, EL CARÁCTER Y EL MOMENTO DE LA AFECCIÓN PATRIMONIAL DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

3.1. Los fines de la afección patrimonial

La afección patrimonial asociada a la declaración de concurso procura fines distintos.

En primer lugar, la afección garantiza un fin conservativo. La declaración de concurso proporciona *ope legis* la inmediata inclusión de los bienes y derechos sobre los que recae en la masa activa (art. 192.1 TRLC) y entraña la sujeción del patrimonio,

se configuran, para los bienes muebles, en los arts. 464 CC y 85 y 545 CCom, y, para los inmuebles, en el art. 34 LH.

²⁴⁹ Por todos, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 121.

²⁵⁰ En la quiebra, el desposeimiento se producía sin excepción; al respecto, vid. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., pp. 310 y 311.

sobre el que se aplicará la responsabilidad contraída, a un régimen legal específico (arts. 119 y 120, 142 y ss., 204 y ss., 317 y ss., 415 y ss. TRLC)²⁵¹.

De esta suerte, desde su dictado, unido a la limitación de las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa (arts. 28.1.3º y 106.1 y 2 TRLC) con sometimiento de sus actos a un especial régimen de ineficacia (art. 109 TRLC), se habilita al órgano jurisdiccional, en una manifestación de la sujeción del patrimonio a su poder, a adoptar aquellas medidas que considere necesarias para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio concursal hasta que el administrador o los administradores concursales acepten el cargo (arts. 28.3 y 111.2 TRLC)²⁵².

Pese al calificativo legal empleado, la naturaleza de estas últimas medidas no es cautelar²⁵³. Su adopción no se dirige a asegurar la efectividad de una tutela sobre la cual el pronunciamiento jurisdiccional está pendiente²⁵⁴ sino a salvaguardar el valor de la masa activa en cumplimiento de los mandatos establecidos por el legislador (art. 204 TRLC), evitando la desaparición, periclitamiento, deterioro, pérdida de valor o de productividad de los bienes o derechos que integran la masa.

En la configuración de tales medidas, el órgano jurisdiccional goza de una amplia discrecionalidad. El TRLC solo exige que este aprecie su necesidad «para asegurar la integridad, la conservación o la administración de la masa activa» (art. 28.3). Asimismo, por previsión legal expresa, a través de las referidas medidas puede el juez

²⁵¹ En relación a la LC, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 531-532.

²⁵² A juicio de MARÍN LÓPEZ, esta previsión es extensible a los supuestos en los que, con posterioridad a la aceptación, se produce la recusación o separación de los administradores y hasta el nombramiento y aceptación de los siguientes (en «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 24).

²⁵³ Otorgan carácter cautelar a tales medidas, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 518. En contra, por descartar expresamente que se trate de medidas cautelares, RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», cit., pp. 138-140; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», cit., p. 485 (aunque en pp. 486 y 487 se refieren a estas medidas como cautelares), y ORTELLS RAMOS, en «Concurso de acreedores y tutela...», cit., pp. 117, 118 y 132. Para este último autor, sólo podría dudarse de la naturaleza cautelar de las medidas del derogado art. 21.1.4º LC (actual art. 28.3 TRLC) en un supuesto, a saber, que se hubieran adoptado medidas cautelares en el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario al amparo del art. 18 TRLC, y, declarado el concurso, el auto hubiera sido recurrido en apelación (art. 25.1 TRLC). En tales hipótesis, las referidas medidas solo dejan de ostentar carácter cautelar cuando el auto de declaración de concurso deviene firme, y esto aunque las medidas subsistan hasta la aceptación del cargo por el administrador o administradores (ibídem, p. 118).

²⁵⁴ Ni precisa la previa petición de parte (art. 721 LEC), ni exige, para ser acordada, la previa prestación de caución (art. 728.3 LEC).

adaptar a las necesidades del caso la regla general de continuación del concursado en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial (art. 111 TRLC). El fundamento y alcance de las mismas justifica su adopción, en igual grado, tanto en los supuestos en los que se decreta el régimen de suspensión como de intervención²⁵⁵.

La afección patrimonial vinculada a la declaración de concurso asegura entonces la sujeción del patrimonio al poder del órgano jurisdiccional y subsiguientemente el sometimiento a los nuevos criterios dispuestos legalmente para la reordenación y gestión patrimonial por los órganos del concurso. Identificamos, de esta suerte, un segundo fin de la afección dirigido a facilitar la determinación de las masas, activa (art. 192 TRLC) y pasiva (art. 251 TRLC), y la administración y disposición del patrimonio objeto de responsabilidad (arts. 106 y 107, 321, 405.2 y 413.1 TRLC), en orden a favorecer la máxima realización del interés del concurso.

Esta afección despliega todos sus efectos, incluso en supuestos de insolvencia inminente en los que no concurra responsabilidad patrimonial. El ordenamiento jurídico habilita, en tales hipótesis, la anticipación de su respuesta para evitar, precisamente, que el sujeto pasivo frustre con su actividad los objetivos del concurso.

El fin último de la afección está dirigido a la satisfacción del interés del concurso. Destacadamente, persigue atender al interés de los acreedores en orden a hacer inocuo, en la medida de lo posible, el incumplimiento de obligaciones del deudor.

En este sentido, se podría pensar que en tanto la actividad previa descrita es instrumental y está al servicio de la referida satisfacción de una variedad de intereses subjetivos, la afección no tiene un fin de conservación, gestión y reordenación de la masa en sí mismo sino que solo constituye un efecto reflejo en tanto que procurador de aquella tutela.

Esta opción debe ser desechada. La afección patrimonial que contiene la declaración de concurso sirve a todos los fines descritos desde el momento en que sin ella no es posible llevar a cabo las actividades, aun preparatorias e instrumentales al fin

²⁵⁵ De esta opinión, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», cit., p. 486. Al margen del régimen decretado en las facultades de administración y disposición patrimonial, entre las medidas a adoptar por el juez, podemos referir el nombramiento de un depositario-administrador, imponer una necesaria autorización judicial para la realización de determinados actos, bloquear las cuentas corrientes o exigir una actuación conjunta de administradores.

último de satisfacción del interés que el legislador estipula como esencial para el desarrollo del proceso concursal.

3.2. El carácter procesal de la afección patrimonial

El resultado de la afección, en su fin último, es procesal: permite la sujeción del patrimonio en orden a garantizar una gestión determinada, con posterior sometimiento a un convenio o a la liquidación, y eventual realización de los bienes y derechos del patrimonio objeto de responsabilidad para el restablecimiento del orden legal²⁵⁶.

La tutela primerísima que dispensa el auto de declaración de concurso se concreta en la proyección de un nuevo destino sobre los bienes del deudor, con formación automática de la masa activa (art. 192.1 TRLC) y su sujeción al poder previamente atribuido al órgano jurisdiccional. Sin esta eficacia no es posible la subsiguiente actividad que, contenida en el mismo auto, prevé el TRLC (art. 28).

Por los fines primarios descritos, el auto de declaración de concurso desprende otros efectos con repercusión procesal y sustantiva. Estos constituyen tutela material del auto (v.gr., art. 28.1.3º y 3 TRLC) y se dirigen a hacer posible la actividad instrumental que permite aquella realización²⁵⁷.

No resulta sencillo deslindar la afección patrimonial primera del resto de efectos asociados al dictado del auto, concretamente -en lo que ahora interesa- de la limitación a las facultades de administración y disposición patrimonial (art. 28.1.3º TRLC). Tal restricción constituye contenido necesario del auto, y su obligada concurrencia junto a la afección puede abocar a resultados erróneos.

En sentido técnico, la eficacia jurídica de una y otra es diversa. La afección patrimonial permite el sometimiento del referido patrimonio a un régimen legal específico, con límites respecto a la disposición (arts. 119.1, 120.4, 205 y ss., 317 y ss., y 415 y ss. TRLC) y sujeción a nuevos criterios para su administración (entre otros, arts. 111 a 114 y 204 TRLC). Por el contrario, la restricción a las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor (arts. 106 y 413.1 TRLC) refuerzan

²⁵⁶ En este sentido, la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso y la vinculada al embargo presentan idéntico carácter. Sobre la afección patrimonial en el embargo, vid. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 114.

²⁵⁷ En la difícil conjugación de ambos efectos hallamos la razón de las complejas teorías, sobre las que nos pronunciaremos más adelante (vid. Capítulo IV), que han procurado explicar el fenómeno del desapoderamiento del deudor y la sujeción del patrimonio concursal a los órganos del concurso.

aquella afección primera, con atribución total de las mismas a la administración concursal, o, al menos, su control, como garantía de la conservación y aplicación de los referidos nuevos criterios de gestión patrimonial para la subsiguiente realización del haber concursal. Se podría aseverar, por ende, que las segundas constituyen el medio para el fin último en que consiste el concurso y a cuyo resultado se dirige la afección.

En el reverso de la afección patrimonial descrita, focalizada en la masa activa y el deudor, se proyectan al mismo tiempo destacadas consecuencias respecto a los acreedores: la declaración de concurso determina su integración *ipso iure* en la masa pasiva con sujeción a las reglas de ordenación y satisfacción crediticia fijadas en el TRLC (arts. 269 y ss. y 429 y ss.).

Ello supone la instauración de un nuevo régimen jurídico que, dirigido a garantizar la integridad de la masa activa (art. 192.1 TRLC), se impone sobre los acreedores imposibilitando su disposición o agresión jurídica (v.gr., veto a la ejecución separada y a la compensación de créditos).

Por el momento y sin perjuicio de lo que indiquemos más adelante, basta destacar la importancia de que todas consecuencias asociadas a la afección patrimonial, desde la declaración de concurso, hallen explicación desde los moldes e instituciones del Derecho procesal. En puridad, todas representan manifestaciones de la tutela reforzada del concurso y de la sujeción del patrimonio al poder previo conferido al órgano jurisdiccional para su reparto entre los acreedores.

3.3. El momento de la afección patrimonial

De acuerdo con la Ley, el auto produce sus efectos característicos con una notable presteza. La fórmula empleada por el legislador, «de inmediato (...) y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme» (art. 32 TRLC), pone de manifiesto que todos los pronunciamientos contenidos en el mismo desprenden sus efectos desde el mismo momento en el que se dicta aquél²⁵⁸, sin interferencia alguna ni tiempo de espera

²⁵⁸ La ausencia de concreción respecto a la hora en que se dicta el auto de declaración de concurso plantea algunos problemas en la determinación de una eventual ineficacia de los actos realizados por el deudor concursado el mismo día en que se dicta aquel. Esta cuestión habría quedado resuelta con la fijación en el mismo auto de la hora exacta en la que se declara el concurso o, en su defecto, con la fijación en la Ley de una hora concreta, aplicable supletoriamente. Esta solución se preveía en el Anteproyecto de 1995 en su art. 17.2: «salvo que exprese hora determinada, la sentencia de declaración del concurso de acreedores se entenderá pronunciada a las cero horas del día de la fecha». Durante la tramitación de la LC de 2003 varias enmiendas plantearon esta cuestión y la necesidad de

derivado de la falta de firmeza²⁵⁹. A salvo queda que el auto hubiera sido recurrido en apelación y el juez decretara, motivadamente, la suspensión del mismo²⁶⁰.

La afección patrimonial debe entenderse producida, pues, desde que se dicta el auto de declaración de concurso. Cuestión distinta es si la realización de los actos de publicidad (arts. 28.1.6º y 35 TRLC) y garantía registral establecidos en la Ley (art. 36 y 37 TRLC) resultan necesarios para que aquella tenga plena eficacia. Se reputa de interés desvelar, en consecuencia, si los actos de publicidad, de hecho (art. 35 TRLC), o registrales, sea anotación preventiva o mera inscripción (arts. 36 Y 37 TRLC), se erigen

ofrecer una solución (vid., entre otras, la enmienda núm 250 planteada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados -publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (en adelante, BOCG), Congreso de los Diputados, VII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 2 de diciembre de 2002, nº 101-15, p. 186- y, en el Senado, las enmiendas nº 72 del Grupo Parlamentario Entesa Catalana del Progrés y la nº 135 del Grupo Parlamentario Socialista -publicado en el BOCG, Senado, VII Legislatura, serie II: Proyectos de Ley, de 9 de mayo de 2003, pp. 118 y 148, respectivamente-). En el régimen vigente, dada la falta de previsión legal al respecto, entendemos que los efectos del auto se producen desde la firma del auto, pues, desde este instante, la resolución judicial no se puede alterar por el juez (arts. 267.1 LOPJ y 214.1 LEC).

Otras soluciones analizadas por la doctrina en el régimen anterior de quiebra, por ejemplo, entender que la declaración de concurso comienza a producir sus efectos a la primera hora del día siguiente o desde la primera hora del mismo día de su dictado (sobre estas, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, cit., pp. 37 a 43), no nos parecen sostenibles en la actualidad dado el silencio legal. Finalmente, tampoco resulta adecuada la tesis que propone la fecha de notificación que se lleva a cabo mediante la publicación del auto de declaración de concurso y, en concreto, la de la última publicación del edicto en cuestión -en este sentido, GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, cit., pp. 272 y 273, nota al pie 275; en contra, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 22; SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 23», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 508-.

²⁵⁹ La idea de ejecutividad inmediata del auto ya se preconizaba en el sistema de quiebras. Los arts. 1028 CCom/1829 y 1334 LEC/1881 prescribían la ejecución provisional de las providencias acordadas sobre la persona y bienes del quebrado, incluso ante la eventual oposición de este. Sobre la referida ejecutividad, al margen de su firmeza, entre otros, POLO DÍEZ/BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., pp. 93 y ss., y, GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd"*, cit., p. 158 y 159. En contra de los anteriores, insistiendo en el carácter provisorio y limitado a ciertas medidas cautelares o de aseguramiento del auto de quiebra, RAMÍREZ, *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo I, cit., 1959, pp. 772 y ss., especialmente, p. 773, nota al pie 4.

En la actualidad, aun cuando el TRLC no emplea el término provisionalidad, este parece encontrarse implícito en la norma, por cuanto reconoce su inmediata ejecutividad y la posibilidad de recurso. En el caso de que se estimara este y se revocara el auto por la AP, se deberá volver al estado primitivo de todo lo actuado durante la tramitación del concurso. En este sentido, BONET NAVARRO, «Comentario al artículo 21», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 217.

²⁶⁰ El art. 21.5 TRLC instaura el recurso de apelación contra la declaración de concurso sin efectos suspensivos, si bien permite habilitar tales efectos cuando el juez lo estime conveniente. Pese al silencio de la norma, en caso de que se decretara la suspensión consideramos precisa su motivación al quedar excepcionada la regla general. A juicio de MARCOS GONZÁLEZ LECUONA la falta de acotación de los requisitos para decretar la suspensión puede plantear problemas afectantes al derecho a la tutela judicial efectiva -en «Comentario a los artículos 21 y 22», cit., p. 348-, cuestión esta que no alcanzamos a ver pues queda garantizado, en todo caso, el acceso al recurso, último estadio procesal del referido derecho.

en elementos constitutivos de la declaración de concurso, o, por el contrario, gozan de un valor meramente declarativo.

Respecto a la publicidad prevista en el art. 35 TRLC, la cuestión es controvertida. La importante repercusión de que gozan los efectos dimanantes del concurso en la esfera jurídica de terceras personas exige, como es lógico, la adopción de medidas dirigidas a dar a conocer su existencia. Junto a la publicidad contemplada en el Registro público concursal (arts. 35.1, 554 y 561.1ª TRLC)²⁶¹ y en el tablón de anuncios del juzgado (art. 554 TRLC), goza de especial trascendencia jurídica la publicación del edicto de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Estado (con la información contenida en el art. 35.1 TRLC).

Las consecuencias jurídicas que se anudan a esta última publicación no son desdeñables. El TRLC le atribuye, en la realización de determinadas actuaciones procesales, los efectos propios de una notificación personal respecto a las partes y terceros. Así, el plazo para interponer el recurso de reposición y el de apelación comienza a computar desde entonces respecto a los sujetos que no hubieran comparecido en el proceso (art. 25.4 TRLC), los acreedores deben poner en conocimiento de la administración concursal sus créditos en el plazo de un mes desde el día siguiente a su publicación (arts. 28.1.5º y 255 TRLC), se equipara a la notificación personal del auto respecto al deudor que no hubiere comparecido (art. 33.1 TRLC), y los acreedores y demás legitimados para solicitar la declaración de concurso disponen de un plazo de 10 días desde la publicación del edicto para el planteamiento de la declinatoria (art. 51.1 *in fine* TRLC). Por lo demás, se emplea como referencia para determinar la fecha límite de la presentación de propuesta anticipada de convenio por el deudor -«hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos»- (art. 333 TRLC).

Por los efectos que se ligan a su realización²⁶² y por la función que cumple en el desarrollo del concurso, esta publicación es obligatoria²⁶³. Más complejo es esclarecer su eventual carácter constitutivo.

²⁶¹ Como indica el art. 565 TRLC, la publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos en el Registro público concursal gozan de «un valor meramente informativo».

²⁶² Se trata de actos que pueden afectar al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto de ellos depende la personación como parte en el proceso o la posibilidad de interponer recurso frente a distintas resoluciones dictadas en el concurso.

«La publicidad que haya de darse a la declaración de concurso» constituye un pronunciamiento que figura entre los estipulados en el art. 28.1 TRLC (apartado 6º). Este se erige en un extremo que integra el denominado contenido necesario del auto de declaración. Tal aspecto no es baladí dado que la omisión de alguno de los pronunciamientos considerados imprescindibles puede acarrear la eventual declaración de ineficacia del auto mismo (arts. arts. 238 y ss. LOPJ y 225 y ss. LEC) o la necesidad de su subsanación (art. 215 LEC)²⁶⁴.

En realidad, tal publicidad (art. 28.1.6º TRLC) no puede ser libremente dispuesta por el órgano judicial que, sometida a requisitos mínimos, se integra sin excepción por la publicidad que impone el art. 35.1 TRLC²⁶⁵. Es esta publicación la que se erige en elemento imprescindible para que el auto produzca sus efectos. Adviértase que su no ejecución impide crear el estado de conocimiento que busca el TRLC en sus destinatarios. Es decir, la falta de publicación supone la omisión de un requisito esencial para que el auto alcance su propósito, provocando, con una alta probabilidad, la efectiva indefensión de aquellos (arts. 240.1 LOPJ y 227.1 LEC).

En definitiva, la ausencia de publicación constituiría un vicio de nulidad causante de indefensión (arts. 238.3º LOPJ y 225.3º LEC), susceptible de impugnación por los cauces legales (arts. 240 y 241 LOPJ y 227 y 228 LEC)²⁶⁶.

Distinta conclusión alcanzamos respecto a la publicidad registral (art. 36 y 37 TRLC). En lo que hace a esta, el TRLC ha optado por un doble mecanismo de inscripción, en los registros públicos de personas y en los registros públicos de bienes y

²⁶³ En aplicación del art. 35.1 TRLC: «Una vez aceptado el cargo por el administrador concursal, los edictos relativos a la declaración de concurso se remitirán al “Boletín Oficial del Estado” (...) para que sean publicados con la mayor urgencia».

²⁶⁴ No ocurre así respecto a todos los pronunciamientos considerados necesarios. En puridad, solo puede impedir que el auto alcance su fin o provoque efectiva indefensión (arts. 240.1 LOPJ y 227.1 LEC): la falta de nombramiento de los administradores concursales, la falta de llamamiento general a los acreedores y la falta de motivación adecuada. Como señalan ROJO/TIRADO, «Comentario al artículo 21», cit., p. 474, la omisión del carácter necesario o voluntario del concurso o de los efectos sobre las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor solo adquiere relevancia cuando no se ha nombrado administrador o administradores concursales o, habiendo sido nombrado/s, no se les ha delimitado con claridad el ámbito de sus cometidos.

²⁶⁵ Cuestión distinta es que, por las circunstancias concurrentes (v.gr., elevado número de acreedores o existencia de activo o pasivo en el extranjero), el juez pueda acordar otras medidas de publicidad complementaria que considere necesarias para la efectiva difusión del concurso de acreedores (art. 35.2 TRLC).

²⁶⁶ En contra, por considerar que tal publicidad no condiciona la producción de efectos de la declaración de concurso y entender que su ámbito propio es el de la publicidad noticia, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 23», cit., pp. 508 y 509.

derechos, fiel reflejo de la proyección de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor concursado y el patrimonio concursal.

De esta suerte, procede dejar constancia de la declaración de concurso, del régimen de limitación a las facultades patrimoniales del concursado -intervención o suspensión- y de la identidad del administrador o administradores concursales nombrados: en el Registro Civil, cuando el deudor es persona natural (art. 36.1 TRLC); en el Registro Mercantil, si el deudor -persona natural o jurídica- fuera sujeto inscribible en el mismo (art. 36.2-I TRLC)²⁶⁷; y, en cualquier otro registro público, cuando la persona jurídica no sea inscribible en este último Registro (art. 36.2-II TRLC²⁶⁸)²⁶⁹. De igual modo, corresponde la anotación preventiva y, una vez el auto devenga firme, la inscripción de los extremos indicados en el folio correspondiente de cada uno de los bienes y derechos inscritos del concursado, ya se trate del Registro de la Propiedad, del Registro de Bienes Muebles o de cualquier otro registro de bienes²⁷⁰ (art. 37.1 TRLC)²⁷¹.

Nada más contempla el TRLC en relación a la publicidad registral, al margen de alguna específica previsión (arts. 37.2) sobre la que ahondaremos más adelante. Esta escasa ordenación legal obliga a una integración en bloque del régimen legal de cada uno de los registros donde procede la inscripción (*ex* arts. 36 y 37 TRLC), con

²⁶⁷ Sobre los sujetos inscribibles, vid. arts. 16.1 CCom y 81 del Reglamento del Registro Mercantil. Como señalan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 524, esta inscripción es independiente de la que, en relación al mismo sujeto, procede practicar en otros registros (v.gr., inscripción de la declaración de concurso del empresario individual en el Registro Civil).

²⁶⁸ Respecto a los sujetos inscribibles en el Registro Civil, Registro Mercantil y las personas jurídicas inscribibles en otros registros públicos, vid. los arts. 36 y 557 TRLC, respectivamente, donde constan los extremos que, junto a los expuestos, deben ser objeto de inscripción en la hoja de la persona o entidad.

²⁶⁹ De este modo ocurre con la inscripción de la declaración de concurso de: las fundaciones, en el Registro de Fundaciones de competencia estatal o en los de la Comunidad Autónoma que corresponda (art. 36 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones -en adelante, LF-); las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones en el Registro Nacional de Asociaciones (art. 25 Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación), o, para aquellas que desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una Comunidad Autónoma, en el respectivo Registro de esta (art. 26 de la referida Ley Orgánica); y las sociedades cooperativas, en el Registro de Sociedades Cooperativas estatal (art. 109 Ley 17/1999, de 16 de julio, de Cooperativas), o de la correspondiente Comunidad Autónoma por desarrollar en ella su actividad con carácter exclusivo o principal (art. 2.a de la referida Ley).

²⁷⁰ Sobre estos otros registros de bienes, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 546 a 548.

²⁷¹ Junto a los extremos referidos, han de constar en el folio correspondiente a cada uno de los bienes o derechos las vicisitudes del concurso que figuran en el art. 558 TRLC.

imposibilidad de sostener, con carácter general y unitario, dada la dualidad descrita, afirmaciones válidas en torno a esta publicidad²⁷².

Sí podemos afirmar, en cambio, que a pesar del dispar significado, función y eficacia de la anotación preventiva o inscripción en cada tipo de registro, los efectos asociados a la declaración de concurso rigen con independencia de que estas se hayan llevado a cabo.

En efecto, si la inscripción registral gozara de carácter constitutivo, un proceso concursal en el que se procediera a la realización forzosa de los bienes, muebles o inmuebles, sin concurrir aquella, adolecería de un vicio de nulidad frente al que cabría interponer los remedios legales previstos en la Ley (arts. 238 y ss. LOPJ y 225 y ss. LEC). En el lado opuesto, una anotación preventiva o inscripción que detentara un valor meramente declarativo no repercutiría en la validez de la transmisión patrimonial realizada en el marco del concurso.

No hay duda de que el proceso concursal se encuadra en esta segunda hipótesis. Las transmisiones realizadas en el concurso son plenamente válidas al margen de que la anotación preventiva o inscripción se haya realizado efectivamente. Más adelante demostraremos esta afirmación.

Cuestión muy distinta es que alguno de los bienes que integran el patrimonio concursal hubiera sido adquirido por un tercero. Como es lógico, las disposiciones de carácter registral juegan un destacado papel en el sistema general de protección del tráfico jurídico, al menos en el ámbito de los bienes inmuebles. Al margen de ello, se trata de un problema, el de la oponibilidad de lo no inscrito o el de la preferencia de la afectación patrimonial sobre la protección del tercero de buena fe, que en nada repercute en la naturaleza de aquellos actos.

²⁷² El TRLC -y la derogada LC- ha optado por la superposición de distintos mecanismos de protección registral, independientes y sujetos cada uno a su régimen legal. Las diferencias existentes en relación a los actos inscribibles, la documentación, el procedimiento a seguir y la eficacia de la inscripción impiden analizar de forma unitaria la publicidad registral del concurso. En relación a la LC, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 521.

4. LA INTENSIDAD Y EXTENSIÓN DE LA AFECCIÓN PATRIMONIAL DEL PROCESO CONCURSAL

4.1. La afección patrimonial y sus distintas manifestaciones

La declaración de concurso determina el destino de los bienes del deudor a los fines del proceso. En este sentido, el auto se sirve de distintos efectos que proporcionan una afección más intensa y reforzada que la que dispensa el acto de embargo en una ejecución forzosa. Y así se observa incluso desde el punto de vista registral.

Tal eficacia, sin embargo, no es homogénea. Ni *ad intra*, frente al deudor; ni *ad extra*, frente a terceros.

Ad intra, respecto a los actos realizados por el concursado, la eficacia asociada a la declaración de concurso tienen un alcance diverso, temporal y cualitativo. Temporalmente, es preciso distinguir entre aquellos actos realizados por el deudor tras la declaración de concurso de aquellos otros efectuados con anterioridad. Cualitativamente, el reproche jurídico previsto es bien dispar en atención a este elemento temporal, incluso, una vez declarado el concurso, atendiendo al momento del concurso en el que nos hallemos.

Ad extra, proyección de la afección patrimonial, se instaura un nuevo régimen jurídico dirigido a amortiguar las eventuales agresiones de los acreedores del deudor sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, garantizando el destino preordenado por el legislador y su salvaguarda, con sometimiento de todos los acreedores al especialísimo régimen del concurso. Este nuevo orden jurídico está constituido: de un lado, por un conjunto de preceptos destinados a impedir el inicio o continuación de las ejecuciones singulares o apremios administrativos que, antes o después de la declaración de concurso, fueron acordados o se pudieran decretar (arts. 142 a 151 TRLC); de otro, por una serie de efectos sobre los créditos que se concretan en la suspensión del devengo de intereses (art. 152 TRLC), la prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado en los términos del art. 153 TRLC, y la suspensión del derecho de retención sobre bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 154 TRLC)²⁷³.

²⁷³ Dejamos fuera de estudio en esta sede los efectos de la declaración de concurso sobre «la representación y defensa del concursado» (arts. 119 y ss.), sobre la persona natural (arts. 123 y ss.) y la

En orden a ofrecer una mejor sistemática en el tratamiento de los efectos asociados a la afección patrimonial analizaremos, en primer lugar, las limitaciones y represalias jurídicas dispuestas legalmente tras la declaración de concurso, tanto en relación a los actos realizados por el deudor como respecto a las pretensiones de los acreedores que puedan menoscabar, de manera directa, la masa activa. Posteriormente, en segundo lugar, nos detendremos en la eficacia expansiva de la afección respecto a los actos con incidencia patrimonial materializados por el deudor con anterioridad a aquella declaración de concurso. Como se evidenciará, la intensidad de la afección respecto a tales actos repercute en la extensión: ingresarán en la masa activa bienes que, de otro modo, consecuencia de la intensidad de los remedios predispuestos, no podrían ser reintegrados.

4.2. La intensidad de la afección patrimonial y su eficacia jurídica

4.2.1. La presencia de la afección patrimonial en las distintas fases del concurso y su alcance registral

a) La participación de la afección patrimonial en las diversas fases del concurso

Declarado el concurso deviene efectivo el desapoderamiento del deudor, esto es, se le privan o intervienen sus facultades de administración y disposición patrimonial (arts. 28.1.3º, 106.1 y 2, 321 y 413.1 TRLC) con correlativa atribución a los órganos del concurso (arts. 28.1.4º, 106 y ss., 205 y 210 y ss. TRLC).

La presencia, el alcance y las sanciones ligadas a este instrumento es dispar en atención a las necesidades y fases del concurso: en la fase común, se acordará la intervención (art. 106.1 TRLC) o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor (art. 106.2 TRLC), con prohibición para enajenar o gravar bienes y derechos de la masa activa sin autorización judicial hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación (art. 205 TRLC); en la fase de convenio, se reconoce la posibilidad de establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de

persona jurídica (arts. 126 y ss.), sobre las acciones y procedimientos declarativos (arts. 136 y ss.), y sobre los contratos (arts. 156 y ss. TRLC). Estos preceptos, aunque instauran notables especialidades en la materia, con eventual impacto en la masa activa, no constituyen una manifestación *ad extra* directa de la afección, por lo que no procede su análisis en este Capítulo. Solo tangencialmente, con el estudio de la paralización de la ejecución de las garantías reales, haremos las pertinentes puntualizaciones, fundamentalmente en relación a los contratos.

tales facultades (art. 321.1 TRLC); y, en la fase de liquidación, se impone el régimen de suspensión (art. 413.1 TRLC).

La afección del patrimonio objeto de agresión se mantiene activa durante todo el concurso. Sin duda, en la fase común y de liquidación; también, pese a los márgenes concedidos a la autonomía de la voluntad, en la fase de convenio.

Ciertamente, desde la eficacia del convenio, se podría cuestionar la concurrencia de afección patrimonial en esta fase²⁷⁴. Desde la sentencia de aprobación del convenio²⁷⁵ cesan los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, establezca el mismo (art. 394.1 TRLC)²⁷⁶.

A este respecto, como decimos, se admite expresamente el establecimiento de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 321.1 TRLC), e incluso la atribución de cometidos a cualquier miembro de la administración concursal o al auxiliar delegado (art. 322 TRLC). En cambio, su fijación queda condicionada a las necesidades que presente el cumplimiento del convenio. Esto es, su práctica no constituye un efecto legal asociado a la aprobación del convenio sino que es consecuencia de un acuerdo *ad hoc* dirigido a garantizar la mejor satisfacción de la responsabilidad contraída según los sujetos afectados.

²⁷⁴ No antes pues en aplicación del art. 306.3 TRLC: «Declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas sobre efectos de la declaración del concurso para la fase común».

²⁷⁵ Como regla general, siguiendo el tenor del art. 393.1 TRLC, el convenio adquiere eficacia desde la fecha de la sentencia que lo aprueba. A salvo queda que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar tal eficacia a la fecha en que la sentencia de aprobación alcance firmeza (art. 393.2 TRLC).

²⁷⁶ Respecto al art. 394.1 TRLC, son precisas dos aclaraciones. En primer lugar, pese al tenor literal del precepto, la eficacia del convenio no implica el cese de todos los efectos de la declaración de concurso; en rigor, solo incide sobre algunos de ellos. Como ha apuntado ROJO, es preciso analizar cada uno de estos efectos para determinar cuáles quedan extinguidos y cuáles permanecen tras la sentencia de aprobación del convenio -en «Comentario al artículo 133», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2216-. A título de ejemplo, entre otros, persisten los efectos sobre los créditos -Capítulo III del Título III del Libro I-, a saber, la suspensión del devengo de intereses (art. 152 TRLC, con las excepciones previstas en su apartado 2º), los límites a la compensación (art. 153 TRLC), la suspensión del derecho de retención (art. 154 TRLC), y la interrupción de la prescripción (art. 155 TRLC). A este respecto, poco esclarecedor resulta el art. 306.3 TRLC que, pudiendo hacerlo, no limita su aplicación al interin que media entre la conclusión de la fase común y la sentencia de aprobación del convenio.

En segundo lugar y al margen de los efectos de la declaración de concurso que subsistan, la sustitución que predica el art. 394.1 TRLC no es completa desde el punto de vista subjetivo. Como es sabido, el convenio solo desprende su eficacia respecto a los acreedores concursales que están sujetos al mismo (ordinarios y subordinados y, en su caso, privilegiados en los términos del art. 397 TRLC). El resto de privilegiados, especiales y generales, quedan liberados del convenio y sometidos a las reglas de pago establecidas, respectivamente, en los arts. 430 a 432 TRLC (vid. también arts. 205 y ss.).

Esta sustitución del régimen general predispuesto en el Título III del Libro I del TRLC por el contenido del convenio aprobado judicialmente (art. 394 TRLC) no conduce a la desaparición de la afección. La responsabilidad patrimonial generada por el deudor comporta su sujeción a la tutela concursal y al poder que la dispensa sin posibilidad de sustraerse a su actuación. En este sentido, como demostraremos seguidamente, el convenio no constituye una excepción. Al contrario, se instituye en una de las dos soluciones, junto a la liquidación, que prevé el legislador para procurar la satisfacción de aquella responsabilidad patrimonial contraída por el deudor.

A esta ambigüedad contribuye la especial significación que el principio de autonomía de la voluntad adquiere en esta fase del concurso. El convenio concursal, al igual que la propuesta anticipada de convenio, constituye un negocio jurídico “sui generis” asimilado a aquellos de naturaleza contractual, pero con aprobación judicial, en el que deudor (de manera expresa o implícita) y la colectividad de los acreedores (ordinarios y, en su caso, privilegiados) ²⁷⁷ deciden los términos en que la responsabilidad contraída por aquel va a ser satisfecha. No puede extrañar, pues, el interés del legislador en primar esta solución (apartado VI EM de la derogada LC) por cuanto conduce a la consecución del fin principal del concurso.

Ahora bien, el reconocimiento de esta solución y la atribución al deudor de un importante margen de maniobra durante la confección del convenio, no riñe con la sujeción a la tutela que se impone sobre este y su patrimonio. La libertad de que se dota al deudor en esta fase del concurso (v.gr., en la presentación de propuesta anticipada de convenio y de propuestas de convenio o en la oposición a su aprobación) obedece estrictamente a razones de conveniencia para la consecución del convenio y la satisfacción de los acreedores.

En el lado opuesto, respecto a los acreedores, no podemos afirmar que rija un principio absoluto de autotutela ²⁷⁸. Estos disponen de importantes aspectos del

²⁷⁷ En el convenio, como negocio jurídico bilateral, la contraparte del deudor es la colectividad de los acreedores, y no los concretos acreedores personados en el concurso, aunque estos puedan tener atribuida la condición de parte en el proceso, condicionada a la comparecencia en forma, en aplicación de las reglas generales (art. 512.1 TRLC). El convenio es un convenio de masa que arrastra, por tanto, al resto de acreedores cuando concurren los porcentajes del pasivo establecidos en la Ley (vid. arts. 376 a 378 TRLC, en conexión con los arts. 396 y 397 TRLC). En este sentido, GARRIDO, «Comentario al artículo 134», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2223.

²⁷⁸ A favor de su instauración plena en el convenio, con limitación de la intervención judicial, DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal...*, cit., p. 190.

convenio, en lógica contrapartida con los sacrificios que asumen (art. 317 TRLC), pero quedan sometidos, sin excepción, a destacados límites legales, de forma y contenido, cuya supervisión es encomendada al órgano jurisdiccional.

De este modo, el convenio y la fase predispuesta para su confección gozan de una indudable impronta pública²⁷⁹. Esta naturaleza se infiere a la luz de tres notas características: en primer lugar, al establecimiento de límites a la autonomía de la voluntad de acreedores y deudor; en segundo lugar, a la atribución al órgano jurisdiccional de notables facultades que desbordan las propias de este órgano en un proceso civil; y, en tercer lugar, en el reconocimiento de una especial eficacia del convenio que supera las reglas comunes establecidas para los negocios jurídicos.

Respecto a la limitación de la autonomía de la voluntad, el convenio debe respetar ciertas pautas. En lo que afecta a su contenido, específicamente, se fija un mínimo indispensable (art. 317.1 TRLC), un contenido potestativo sometido, en su caso, a ciertas exigencias (arts. 317.2 y 3, 320 a 330 TRLC) y algunas prohibiciones que, con carácter absoluto, no es posible sortear (art. 318 TRLC). Asimismo, se imponen otras reglas fijadas en los arts. 319 y 326 TRLC. En todas estas normas subyace la sujeción a la tutela que promueve el concurso de acreedores.

No olvidemos que nos movemos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial universal con un patrimonio en crisis en el que la satisfacción de los intereses de los

²⁷⁹ Respecto a la naturaleza del convenio en el régimen precedente al instaurado en 2003, ya refería la STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 1959 (RJ 1959, 2475): «la doctrina más autorizada lo reputa negocio jurídico *sui generis*, que si se asemeja a los de naturaleza contractual, porque nace de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta, y puede implicar una transacción, dado que los contrapuestos intereses se sacrifican recíprocamente al pactarse sobre su cuantía y sobre los términos de su efectividad en cuanto al tiempo, no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues si en su génesis concurren factores de esta índole, la institución acusa un matiz de marcado carácter público revelado ante todo por la intervención judicial, que, pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante, y aparte de fiscalizar el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la seriedad del acuerdo, procura como fin más trascendente la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados, que resultaría mal parada si de uno o de otro modo o por una u otra razón permitiesen sustraer a la masa de acreedores créditos de condición parigual que, sin embargo, para todos los efectos útiles gozarían de privilegio en relación con los acreedores concurrentes». En igual sentido, SAP de Barcelona de 1 de febrero de 1978 (RJ 1978, 274). Respecto a la quiebra, vid. la STS (Sala 1ª) de 27 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1301), y, en lo que hace a la suspensión de pagos, la STS (Sala 1ª) de 4 de julio de 1966 (RJ 1966, 3935).

En el régimen actual, el convenio concursal es definido como un «convenio judicial», esto es, «un convenio perfeccionado en el seno de un procedimiento sustanciado ante los tribunales de justicia», en el que se combinan elementos contractuales y un elemento procesal, que permite explicar el alcance de su eficacia -en este sentido, DÍAZ MORENO, «Comentario a la Sección 6ª. De la aprobación judicial del convenio», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2134-.

acreedores resultará, con una alta probabilidad, incompleta. En este contexto, como es lógico, la solución convenida no puede constituir una carta en blanco en la que tenga cabida el fraude²⁸⁰. Precisa, por el contrario, una serie de exigencias mínimas delimitadas legalmente y un severo control jurisdiccional para garantizar que la tutela reparadora que se proporciona es la adecuada²⁸¹. Y cuando no lo es, porque el margen de actuación atribuido a acreedores y deudor no respeta esos mínimos, procede la apertura de la liquidación que, con distinto método, procura similar satisfacción.

La propia fisonomía del concurso abona la idea aquí sostenida de concebir la inherencia de la afección durante todo el proceso concursal. Nótese que el convenio ya no se configura como un modo de terminación del proceso, sino como un acto inserto en el mismo procedimiento que solo culmina con el auto firme que declara su

²⁸⁰ Como apunta DE LA CUESTA RUTE, la puesta en relación de lo preceptuado en los derogados arts. 100 y 148 LC, plenamente extensible al actual TRLC, evidencia que la norma concursal «extrae del ámbito de autonomía de la voluntad ciertas formas de liberación del deudor que, en cambio, desea que se sujeten a un mayor control judicial» (en *El Convenio Concursal...*, cit., p. 41). Específicamente, se refiere a los convenios de liquidación global sobre los que recae una prohibición legal para integrar el contenido del convenio (art. 318.3 LC), y a los convenios de cesión en pago de bienes o derechos de la masa activa, solo permitidos cuando tales activos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado y no se imponga a acreedores públicos (arts. 329 TRLC). Sí están permitidos, en cambio, los convenios de adquisición del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la referida actividad o de determinadas unidades productivas, con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de aquella durante el tiempo fijado en la propuesta, y de la obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales (art. 324 TRLC; (vid., asimismo, arts. 222 a 224).

Con las limitaciones expuestas, se ha perseguido evitar cualquier tipo de abuso o connivencia, ganando en certidumbre. Desde luego, así queda garantizado a la vista del control judicial operante -más allá del art. 205 TRLC- en la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial (arts. 209 a 214 TRLC) y de unidades productivas (arts. 215 a 224 TRLC); también en la liquidación, en ejecución del plan aprobado o modificado (arts. 416 a 420 TRLC), y, en su defecto, en aplicación del régimen legal supletorio previsto en los arts. 421 y 422 TRLC (vid. art. 415.3 TRLC).

En definitiva, en relación a los convenios con cesión, que gozan de una larga tradición legislativa, ni el de cesión de bienes en pago o *pro soluto*, con efecto solutorio inmediato de la deuda (art. 1175 CC), ni el de cesión de bienes para pago o *pro solvendo*, que no implica extinción de la responsabilidad inmediata sino atribución a los acreedores -generalmente, a una comisión de estos- de la facultad de enajenar los bienes cedidos para el pago de los créditos reconocidos en el concurso, tienen cabida actualmente en el ordenamiento concursal español. Tampoco la tiene, junto al convenio de liquidación global, el convenio de continuación que prevea, en caso de incumplimiento, la encomienda a los acreedores o a administradores concursales de enajenación total de la masa activa para el pago a los acreedores. Sobre la cuestión, si bien en relación a la redacción original del derogado art. 100 LC, vid. ROJO, «Comentario al artículo 100», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1895-1896; y DE LA CUESTA RUTE, *ibidem*, pp. 47 y ss.

²⁸¹ El interés público inmanente al concurso y la mayor intensidad de la intervención estatal en el convenio concursal es fácilmente perceptible si se pone en relación con el ya comentado régimen legal dispuesto para el convenio de realización en el marco de una ejecución singular (art. 640 LEC). Asimismo se observa en la preocupación del legislador por instaurar previsiones legales que permitan, si bien como fin secundario, la salvaguarda de aquellas empresas total o parcialmente viables, en beneficio de los acreedores, deudor, trabajadores y otros interesados (apartado VI EM de la LC).

cumplimiento (arts. 401 y 467 TRLC)²⁸², o, en caso de incumplimiento, cuando concluye la liquidación²⁸³. Esta, por lo demás, se abre de oficio *ex art.* 409.1.5º TRLC²⁸⁴, sin interrupción de la afección y con sujeción del patrimonio y su titular a los nuevos criterios que, para la satisfacción de los acreedores, se prevén en la liquidación.

En la fase de convenio, las facultades atribuidas al órgano jurisdiccional tampoco son las propias de un proceso civil común. Es cierto que, por el método empleado para la satisfacción de los acreedores, la intromisión en el patrimonio del deudor parece quedar atenuada, al menos, desde el punto de vista del órgano jurisdiccional. Las concretas reglas de gestión del patrimonio sometido al concurso pasan a quedar determinadas, en esencia, por acreedores y deudor en atención a lo dispuesto en el convenio²⁸⁵, claudicando las comunes restricciones legales a las facultades de administración y disposición del deudor (art. 321.1 TRLC)²⁸⁶.

Ello, sin embargo, no empece lo expuesto. Partiendo de la función que cumple la fase de convenio, en la actividad previa dirigida a su confección y final aprobación, se dota al órgano jurisdiccional de poderes excepcionales²⁸⁷. En concreto, el órgano jurisdiccional asume el control de la admisión a trámite de la propuesta de convenio, tanto anticipada (art. 344.2 TRLC) como “ordinaria” (arts. 342 y 344 TRLC), y decide, una vez tramitada/s la/s propuesta/s de convenio y aceptada aquella que alcanza primero la mayoría necesaria, sobre su aprobación o rechazo (arts. 381 a 392 TRLC).

Como expusimos sucintamente *supra*, esta fiscalización que ejerce el órgano jurisdiccional se extiende al cumplimiento de las normas legales formales y materiales. De esta suerte, «el juez admitirá a trámite la propuesta o las propuestas de convenio si

²⁸² Siempre y cuando haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, hayan sido rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieran ejercitado (arts. 467 y 465.3º TRLC).

²⁸³ Cfr. CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», cit., p. 130.

²⁸⁴ Así ocurre, al menos, en los supuestos en los que se ha declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio y en las hipótesis contempladas en el art. 409.1. 1º a 4º TRLC.

²⁸⁵ Como señalara la EM de la LC, extensible al TRLC, «la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud» (apartado VI, párrafo 2º). En rigor, solo es preciso respetar, de un lado, un contenido esencial que se concreta en la proposición de quitas y/o esperas (art. 317.1 TRLC); y, de otro, en la no propuesta de ciertas prohibiciones legales relativas al contenido *ex art.* 318 TRLC.

²⁸⁶ Estas limitaciones fijadas en el convenio pueden ser del mismo, menor, o incluso mayor alcance que las derivadas de la declaración de concurso. En este sentido, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., p. 183.

²⁸⁷ Bajo el régimen de la LC, estos poderes no se compadecían con el mandato contenido en su DF 5ª: «En el ámbito de los procesos concursales, resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso».

cumplieran las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta ley» (art. 342.1 TRLC), «de apreciar algún defecto (...) el juez, dentro del mismo plazo para la admisión a trámite, dispondrá que se notifique al concursado y, en su caso, a los acreedores para que dentro de los tres días siguientes al de notificación puedan subsanarlo» (art. 344.1 TRLC), y, específicamente respecto a la propuesta anticipada, «el juez rechazará la admisión a trámite (...) cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición o cuando las adhesiones presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la proporción del pasivo exigida» (art. 344.2 TRLC). El art. 392.1 TRLC, de otra parte, consagra la facultad -y el deber- del órgano jurisdiccional de rechazar el convenio aceptado si se infringiere alguna de las normas «sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración». Esto es, el art. 392.1 TRLC dota de plenas facultades al órgano jurisdiccional en el control del cumplimiento de las normas legales referidas en el precepto²⁸⁸: podrá rechazar el convenio aceptado «haya sido o no formulada oposición»; y también podrá hacerlo, en caso de concurrir oposición, por motivos distintos de los alegados. El juez no debe limitarse, pues, a ratificar lo acordado por las partes ni a esperar a que estas le planteen la controversia para pronunciarse sobre la legalidad del convenio²⁸⁹.

De esta suerte, se extiende sobre todas las etapas del convenio -propuesta, aceptación y aprobación- un destacado control de legalidad del órgano jurisdiccional que no queda sujeto a la instancia de parte.

A ello hay que añadir ciertas disposiciones que permiten al órgano jurisdiccional modular la eficacia del convenio, o su eventual eficacia de ser finalmente aprobado, en función de las circunstancias concurrentes. De este modo ocurre en la facultad de adoptar medidas en la admisión a trámite de la oposición a la aprobación del convenio para evitar que la demora derivada de esta impida el cumplimiento futuro del eventual convenio aceptado (art. 387 TRLC), o en la posibilidad de diferir la eficacia del convenio, cuando el contenido del convenio así lo aconseje, a la fecha en que la aprobación adquiera firmeza (art. 393.2 TRLC). También se observan trazas de la sujeción patrimonial descrita en la tutela cautelar que puede dispensar el órgano

²⁸⁸ Sobre la posibilidad de un control de legalidad más amplio que el establecido expresamente en el precepto, vid nota al pie 165.

²⁸⁹ Cfr. DÍAZ MORENO, «Comentario al art. 130 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2190.

jurisdiccional ante la pretensión de rescisión del convenio ejercitada por un acreedor ante el eventual incumplimiento de aquel por el deudor (art. 402.1 y 403.1 TRLC)²⁹⁰.

En definitiva, se instaura un control jurisdiccional excepcional e injustificable desde la perspectiva del Derecho privado²⁹¹ y desde los moldes de un proceso civil común. En realidad, con este régimen legal, el ordenamiento está atendiendo la tutela del interés público que subyace en el convenio como forma solutoria del concurso de acreedores. Solo desde el reconocimiento del interés público latente en el convenio concursal puede explicarse una actividad jurisdiccional que, proyectada sobre mimbres teóricamente civiles, prescinde de la petición de parte en la apreciación de determinadas cuestiones y procura una aplicación uniforme de las normas en aras al interés general²⁹².

Finalmente, corrobora el aludido carácter la eficacia *erga omnes* de que se dota al convenio respecto a los acreedores. Tal eficacia no encuentra acomodo en el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), pues una vez aprobada judicialmente la propuesta de convenio que alcanza el porcentaje de pasivo establecido en la Ley (art. 376 TRLC)²⁹³, se impone su eficacia sobre el resto, al menos respecto a los acreedores ordinarios y subordinados (art. 396 TRLC), con independencia de que sus titulares se hayan adherido o no a la propuesta finalmente aprobada o hayan votado a su favor²⁹⁴.

²⁹⁰ Aunque la admisión de estas medidas no aparece expresamente contemplada en el TRLC, es razonable concebir su existencia dado que, ejercitada la acción de incumplimiento del convenio por un acreedor, puede ser precisa una tutela cautelar orientada a asegurar que los efectos jurídicos derivados de su eventual estimación puedan devenir efectivos. Como ha señalado ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., pp. 134 y 135, en la concesión de esta tutela cautelar, el órgano jurisdiccional debe tener presente los pactos alcanzados en el convenio. Ahora bien, en tanto que no existan o resulten insuficientes para impedir conductas del deudor tendentes a hacer peligrar la efectividad de la apertura de la liquidación, la referida tutela, de ser solicitada, es procedente en aplicación supletoria de la LEC.

²⁹¹ En igual sentido, DÍAZ MORENO, «Comentario al art. 131 LC», cit., p. 2193.

²⁹² Lo expuesto no es, empero, expresivo de un poder omnipotente. Como ya vimos en el Capítulo I, son varias las limitaciones que establece el TRLC a un libre proceder del órgano jurisdiccional en esta fase del concurso.

²⁹³ En virtud del art. 376.4 TRLC, los acreedores privilegiados, especiales o generales, que se hubieran adherido a la propuesta o voten a su favor se consideran pasivo ordinario del concurso. Sobre las reglas de cómputo, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 377 TRLC, y, respecto a las mayorías necesarias de aceptación de una propuesta que atribuye un trato singular a ciertos créditos o grupos de créditos, vid. art. 378 TRLC.

²⁹⁴ Cfr. GARRIDO, «Comentario al artículo 134», cit., p. 2223. Como ha destacado este autor, como solución al concurso, la función que despliega el convenio, en tanto convenio de masa, exige que los créditos concursales queden vinculados al contenido del mismo. Tal efecto solo es predicable respecto a los denominados acreedores concursales (ordinarios y subordinados), respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso «aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos» (art. 396.1 TRLC), así como respecto a aquellos otros que deriven de una rescisión concursal, cuando en la sentencia que declare esta se aprecie la mala fe del acreedor (art. 236.3 TRLC: el crédito que adquiere este tercero tiene la condición de subordinado; también el crédito en caso de rescisión del acto unilateral). Como sabemos, no se hallan afectados por el convenio, los créditos privilegiados, generales o especiales, que

Con lo expuesto, demostramos que el órgano jurisdiccional sigue en esta fase -concretamente en la propuesta, aceptación y aprobación-, en el polo activo de la relación que lo liga al deudor consecuencia de la responsabilidad, desarrollando la actividad prevista legalmente para el cumplimiento del fin reparador. Pero asimismo observamos tal subordinación, y aquí lo más intrincado, una vez aprobado el convenio. En efecto, la relajación de la sujeción reconocida a favor de lo dispuesto en el convenio solo es tolerada en tanto el deudor cumple con lo dispuesto en él. Esto es, el destino de los bienes está confiado al convenio y a lo establecido en este, sin que podamos sostener que, en tales supuestos, desaparece la sujeción a la responsabilidad contraída y declarada judicialmente.

Solo reconociendo la descrita afección patrimonial una vez aprobado el convenio, podemos explicar los poderes conferidos al órgano jurisdiccional: sea en la declaración de cumplimiento del convenio, que debe solicitar el deudor (art. 401.1 TRLC) y verificar aquel (art. 401.2 TRLC: «si estimare cumplido el convenio») en una exhibición más de las amplias atribuciones conferidas a aquel en esta fase²⁹⁵, sea en la declaración de su incumplimiento a instancia de cualquiera de los acreedores (art. 402 TRLC), con la subsiguiente apertura de oficio de la liquidación (art. 409.1.5º TRLC)²⁹⁶.

De esta suerte, sin declaración de cumplimiento del convenio por el órgano jurisdiccional, la sujeción del deudor a la tutela concursal se mantiene intacta, y, por tanto, en la medida en que persistan acreedores insatisfechos y bienes y derechos en la

solo «quedarán vinculados al convenio aprobado por el juez si hubieren sido autores de la propuesta o si se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o si hubieran votado a favor de la misma, así como si se adhirieran en forma al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento» (art. 397.1 TRLC). Al margen de lo anterior, los acreedores privilegiados también quedan afectados por el convenio cuando se cuente con las mayorías que para acreedores de la misma clase establece el art. 397.1 TRLC. Sobre estas cuestiones, respecto a la LC, del mismo autor, vid. *ibidem*, pp. 2224 a 2235.

²⁹⁵ Sobre la cuestión, vid. *supra* Capítulo I.

²⁹⁶ En principio, la Ley no permite la apertura de la liquidación cuando, existiendo incumplimiento del convenio, ninguno de los acreedores instara su declaración (art. 402.1 TRLC). En efecto, la declaración de incumplimiento precisa la previa rogación por un acreedor y la sustanciación de la pretensión por los trámites del incidente concursal (art. 403.1 y 2 TRLC). No cabe, por tanto, su declaración de oficio, por conocimiento privado del juez, ni tampoco *a priori* como consecuencia de la petición, instada por el deudor, de declaración de cumplimiento (art. 401 TRLC). Respecto a esta última cuestión, de la misma opinión, MORILLAS, «Comentario al artículo 139», cit., pp. 2274 y 2275; en contra, DE BUSTOS, «Comentario al artículo 139», cit., p. 663, que entiende que en el contexto del derogado art. 139 LC (actual art. 401 TRLC) el juez podía declarar el incumplimiento si lo apreciara-. La cuestión dista de ser clara, pues siendo así no podrá acordarse la conclusión (art. 465 TRLC), ni la apertura de la liquidación (art. 409 TRLC), ni la caducidad de la instancia (aplicando, por analogía, al concurso, el art. 239 LEC, previsto para ejecución forzosa), quedando la situación en activo a la espera de actuación por parte de los acreedores.

masa activa, el patrimonio concursal sigue siendo susceptible de liquidación (*a sensu contrario*, art. 465 TRLC)²⁹⁷. Como es lógico, en este sentido, no cesa el derecho de los acreedores a obtener el producto de la realización de los bienes hasta su completo agotamiento, que se traduce en el exclusivo reconocimiento por el ordenamiento jurídico de la acción para instar la declaración de su eventual incumplimiento (art. 402.1 TRLC).

En la fase de liquidación, se predica una afección patrimonial distinta, similar a la que se instaura con la declaración de concurso. De haberse alcanzado un convenio, la sentencia estimatoria de la acción de incumplimiento restaura los efectos de la declaración de concurso²⁹⁸. En efecto, se resuelve el convenio, se extinguen los efectos novatorios que sobre los créditos predica el art. 398 TRLC (art. 404 TRLC) y procede la apertura de la liquidación (art. 409.1.5º TRLC)²⁹⁹. No ocurre lo mismo si no se alcanzara ningún convenio, pues durante toda la tramitación de esta fase resultaría de aplicación el régimen general dispuesto para la fase común (art. 306.3 TRLC)³⁰⁰.

²⁹⁷ Por la propia razón de ser del concurso de acreedores y a la vista de lo dispuesto en el art. 465 TRLC, no es posible concluir el concurso sin auto que declare el cumplimiento del convenio ya «una vez transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado» (apartado 3º), ya una vez liquidados los activos de la masa y aplicado lo obtenido a la satisfacción de los créditos (apartado 4º). De esta suerte, concurriendo la situación de concurso (apartado 1º), de insolvencia respecto a una pluralidad de acreedores (apartados 2º y 6º), la suficiencia de la masa activa para satisfacer al menos los créditos contra la masa (apartado 5º), y la inexistencia de resolución firme que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (apartado 7º), la situación jurídica constituida tras la declaración de concurso no cesa, con plena sujeción del patrimonio a los fines del concurso.

²⁹⁸ Pese a sus diferencias, destaca la similitud de los efectos que produce la tutela judicial concedida del auto de declaración de concurso necesario y la sentencia estimatoria de la acción de incumplimiento del convenio, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., pp. 123 y 124. Resalta el carácter constitutivo de la declaración judicial de incumplimiento del convenio, CORDÓN MORENO, «La intervención judicial en el convenio», cit., p. 153.

²⁹⁹ Bajo el texto de la LC, cuando era el deudor quien instaba la liquidación, por el tenor del precepto, -art. 142.2.1º *in fine*: «Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación»- y la ausencia de plazo expreso, se entendía que el juez debía proceder «sin dilación» (art. 186.3 LC) a dictar el auto de apertura de la liquidación -en igual sentido, respecto a la redacción original, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 142 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2310-. En el caso de que fuera alguno de los acreedores quien instara la liquidación, supuesto contemplado en el art. 142.2.2º LC, la ausencia de plazo y la falta de remisión al art. 20 LC -sí remitía en cambio a los arts. 15 y 19 LC- abocaba a idéntica conclusión: el juez debía proceder «sin dilación» a dictar el auto que decide sobre la apertura de la misma. Con el TRLC, cuando el deudor pide la liquidación, de forma voluntaria (art. 406) u obligatoria (art. 407.1), aunque no es claro, parece resultar aplicable el plazo de diez días del art. 406. Cuando es un acreedor quien solicita tal apertura, ningún plazo prevé el art. 407.2 TRLC, por lo que el auto resolviendo sobre la misma «deberá dictarse sin dilación» (art. 516 TRLC).

³⁰⁰ Las fases no tienen más valor que el conceptuar una misión pues los efectos pueden ser bien dispares en el seno de cada una de ellas. Destacando la inutilidad del art. 112 LC (actual art. 306.3 TRLC), solo justificable para evitar la confusión que puede originar el empleo del término fase en la norma concursal, DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal...*, cit., p. 116.

En todo caso, y al margen del régimen común aplicable (cfr. art. 411 TRLC), el auto de apertura de la liquidación consagra una tutela reforzada con agravación de los efectos derivados de la declaración de concurso: se impone el régimen de suspensión a las facultades patrimoniales del deudor (art. 413.1 TRLC); se repone a la administración concursal o nombra otra nueva, cuando en virtud de la eficacia del convenio hubiera cesado (art. 412 TRLC); se extingue, como regla general, el derecho de alimentos con cargo a la masa activa (art. 413.2 TRLC); se declara la disolución de la persona jurídica y el cese de sus administradores o liquidadores (art. 413.3 TRLC); y, en fin, se produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 414 TRLC).

b) El reflejo registral de la afección patrimonial

La afección patrimonial asociada a la declaración de concurso tiene inmediato reflejo registral (arts. 36 y 37 TRLC). De este modo se prevé, sin excepción, con distinta función y alcance, en los registros públicos de personas y bienes³⁰¹.

³⁰¹ El significado, la función y la eficacia de la inscripción de la declaración de concurso en los registros de personas y de bienes es muy dispar, incluso dentro de cada grupo, en atención al concreto registro, aquella inscripción presenta singularidades propias.

En texto prestaremos especial atención a los registros públicos de bienes, concretamente al Registro de la Propiedad. Respecto a los registros públicos de personas sirva indicar lo siguiente a la vista de lo dispuesto en el art. 36.1 (Registro Civil), 36.2-I (Registro Mercantil) y 36.2-II (inscripción en otros registros públicos de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil).

La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos (art. 17.1 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil), si bien admite otros medios de prueba en los supuestos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar el asiento (art. 17.2). Opera una presunción de exactitud e integridad de lo inscrito (art. 16 y 19.1, respectivamente) y se reconoce, respecto a los casos legalmente previstos, la oponibilidad frente a terceros (art. 19.2). Ahora bien, téngase en cuenta que las anotaciones registrales practicadas no gozan del valor probatorio que proporciona la inscripción, sino un valor meramente informativo -a excepción de los casos en que la Ley les atribuye el valor de presunción- (art. 40.1).

Respecto al Registro Mercantil, opera también la presunción de exactitud y validez, sin que la inscripción convalide los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 7 Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil -en adelante, RRM-). Rige, asimismo, la fe pública registral, sin que la declaración de inexistencia o nulidad de los asientos perjudique los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho (art. 8). La oponibilidad de lo inscrito a terceros de buena fe goza de eficacia desde la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 9.1, también de interés apartados 2 y 3), siendo inoponible frente al tercero lo no inscrito -salvo que se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción- (art. 9.4). También opera el principio de prioridad y el de tracto sucesivo (arts. 10 y 11, respectivamente).

Respecto al resto de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil, encontramos distintas previsiones. En relación a las cooperativas, aunque nada recoge la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas respecto al principio de inoponibilidad (exclusivamente art. 109), sí hallamos previsión expresa en su Reglamento (art. 5; vid. también 6 y ss. Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero). Asimismo ocurre en las legislaciones autonómicas respecto a sus registros (entre otras, en el art. 20 de la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia o en los arts. 17 a 21 de la Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Cataluña). En lo que hace a

En estos últimos, el art. 37.1 TRLC dispone la anotación y -posterior- inscripción de «la declaración de concurso, con indicación del órgano judicial que la hubiera dictado, del carácter de la resolución y de la fecha en que se hubiera producido; la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado (...), así como la identidad del administrador o de los administradores concursales» en el folio correspondiente a cada uno de los bienes o derechos del deudor inscritos en tales registros³⁰². Asimismo, por indicación legal expresa, debe constar registralmente cualquier vicisitud del proceso que pueda afectar al régimen de administración y disposición patrimonial (cfr. art. 558.1 TRLC)³⁰³.

La anotación preventiva o la inscripción de la declaración de concurso en el Registro de la Propiedad, en función de la firmeza del auto, corrobora la descrita inclusión de los bienes en la masa activa (art. 192.1 TRLC) y la sujeción del patrimonio al régimen legal específico que previene el concurso³⁰⁴. Desde entonces, «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, sin más excepciones que las establecidas en esta ley» (art. 37.2 TRLC)³⁰⁵.

las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones, no hay prevención legal expresa sobre la inoponibilidad de la no inscripción de la declaración de concurso en el Registro Nacional de Asociaciones en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni de las leyes consultadas a nivel autonómico. Respecto a las fundaciones, el 37.3 LF dispone: «Los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito».

³⁰² En el TRLC se atribuye al letrado de la Administración de Justicia la práctica de todos los asientos registrales en virtud de mandamiento (art. 555.1). Idéntica atribución operaba en la LC (art. 24.5 LC) desde la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Sin embargo, en su redacción original, era el juez quien tenía la encomienda de «expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo» (art. 24.5-I; a excepción que el solicitante fuera una AAPP, en cuyo caso procedía el traslado de oficio *ex* art. 24.5-II LC).

³⁰³ De igual modo, y pese a la falta de previsión expresa, debe quedar constancia registral de aquellas incidencias que provocan la exclusión de los bienes de la masa activa (v.gr., arts. 197, 239 y 286.4 TRLC), así como su consideración de necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, dado su alcance en la continuación de las ejecuciones administrativas o laborales ya iniciadas en el momento de la declaración de concurso o en el inicio de ejecuciones de garantía real (arts. 144.1, 145.1, 146 y 147 TRLC) -en relación a la LC, en este sentido, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 530 y 531-.

³⁰⁴ Idídem, p. 531.

³⁰⁵ Lo expuesto es también predicable respecto a los Registro de bienes muebles y demás registros de bienes, si bien debemos atender a su distinta naturaleza respecto al Registro de la Propiedad. En lo que hace al primero, en palabras de la EM de la LHM, aunque hubiese sido preferible un sistema de Registro de la Propiedad que recogiera toda la historia de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, «se ha desistido de él en atención de las dificultades prácticas de su adaptación (...) Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes». Con la reducida eficacia asociada al limitado catálogo de actos inscribibles, como señalan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, la anotación de concurso se debe practicar tanto respecto a los bienes sobre los que el concursado ostente alguna

Ello resulta plenamente coherente con el especialísimo régimen jurídico al que queda sometido el patrimonio concursal que persigue su conservación, sin nuevas modificaciones, a los fines del concurso. En este sentido, se instaura un conjunto de medidas cuya exposición interesa: de un lado, se prevé la imposibilidad de continuación o despacho de nuevas ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, e inicio o prosecución de apremios administrativos en los términos de los arts. 142 a 144 TRLC, junto a la prohibición de despacho o continuación de determinadas ejecuciones de garantía real y acciones de recuperación *ex* arts. 145 a 151 TRLC, con subordinación al juez del concurso que ha de decidir sobre la procedencia del inicio o reanudación de tales garantías (art. 148.2 TRLC); de otro, se restringe la enajenación de los bienes y derechos para el pago a los acreedores que no puede realizarse sin autorización judicial «hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación» (art. 205 TRLC, a excepción de lo dispuesto en el art. 206 TRLC), y que solo es viable, a salvo las especialidades dispuestas para la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial (arts. 209 a 214 TRLC) y unidades productivas (arts. 215 a 224 TRLC), según lo dispuesto en el convenio, en el plan de liquidación o en las reglas supletorias aplicables.

Se afectan así los bienes que integran la masa activa al resultado del concurso, en términos similares a como ocurre, en sus respectivos procesos, con las anotaciones de demanda (art. 42.1º LH) o de embargo (art. 42.2º LH). Al respecto, por su eficacia, se ha sostenido por algún autor que la anotación de concurso es asimilable a las anotaciones preventivas de prohibición de disponer o enajenar que tienen su origen en resolución judicial o administrativa (arts. 26.2ª y 42.4º LH)³⁰⁶. Estas impiden «la

titularidad como respecto aquellos del concursado que estén gravados con alguna garantía real mobiliaria «sin otra finalidad que la de asegurar la constitución de la garantía (art. 3-IV LHM) o su oponibilidad a terceros (art. 15 Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles -en adelante, LVP-), sin pretender constituir un catálogo completo de titularidades» (en «Comentario al artículo 24», cit., p. 547). Sobre la cuestión, en profundidad, *ibídem*, pp. 546 a 548 con estudio de la eficacia de la inscripción en otros registros (v.gr., Oficina Española de Patentes y Marcas o en el registro contable de valores representados por medio de anotaciones en cuenta).

³⁰⁶ La anotación preventiva de demanda (arts. 42.5º LH y 727.5º LEC) es una de las anotaciones que puede ordenar el juez del concurso, al amparo del art. 18.1 TRLC, desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso, para garantizar la conservación del patrimonio y evitar la aparición de terceros hipotecarios frente a los que no poder ejercitar las acciones de reintegración. Asimismo, como expusimos *supra*, es posible acordar el embargo preventivo para garantizar la sujeción a la eventual ejecución forzosa, aun con plena posibilidad de inscripción de los actos de disposición. También cabe acordar la anotación de secuestro o prohibición de disposición o enajenación (arts. 26.2ª y 42.4º LH y 727.1º y 6º LEC), de efectividad más intensa, impidiendo la inscripción de los actos de disposición realizados por el deudor con posterioridad (art. 145 RH). Finalmente, no será anormal en el concurso, con el fin de evitar

inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a ésta su titular» (art. 145 RH), excepcionando la regla general *ex art. 71 LH*³⁰⁷.

La anotación e inscripción de la declaración de concurso y del concreto régimen de administración y disposición patrimonial impide el acceso al registro de la propiedad de aquellos actos del deudor que infrinjan las limitaciones patrimoniales acordadas (art. 109.4 TRLC) y de la administración concursal en relación a los actos de disposición *ex arts. 205 y ss. TRLC*. El registrador debe denegar su inscripción por concurrir causa de nulidad o vicio afectante a la validez del acto dispositivo (art. 18 LH)³⁰⁸.

Sin embargo, la afección patrimonial no queda condicionada a la constancia registral de tales circunstancias. El auto de declaración de concurso ostenta naturaleza constitutiva y, por tanto, despliega plena eficacia al margen del reflejo registral.

pérdidas de valor patrimonial, ordenar la administración judicial de los bienes con el consecuente cierre registral (arts. 631.3 y 738.2 y 3 LEC). Sobre la cuestión, vid. *ibidem*, pp. 536 y 537.

³⁰⁷ Siguiendo a SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, *ibidem*, p. 531, la anotación de concurso presenta claras semejanzas con la anotación de prohibición de disponer que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones puede acordar como medida de control especial ante situaciones de deterioro financiero respecto a los bienes de las entidades aseguradoras y reaseguradoras inscritos en los registros públicos correspondientes. En estos supuestos, se prevé como medida de control especial la anotación preventiva de la prohibición de disponer, para lo que será título suficiente la oportuna resolución de la referida Dirección General, y durante su vigencia «no podrán inscribirse en los registros públicos derechos reales de garantía ni anotarse mandamientos judiciales o providencias administrativas de embargo, ni las entidades de crédito podrán cargar o hacer efectivo pago alguno por mandamientos judiciales o de apremio o por cualquier otro concepto, sin la autorización previa y expresa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones» -art. 160.1.c). 3ª de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras-. Tales paralelismos se corroboran, dadas las similitudes con la situación del concursado (aun en situación más gravosa pues la limitación a la disposición opera sin excepción *ex lege* y, en el mejor de los casos, precisa de autorización de la administración concursal), a la vista de la posibilidad de la Dirección General de: «prohibir a la entidad y a sus filiales, salvo que estas últimas sean entidades financieras sometidas a supervisión que, sin autorización previa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, pueda realizar los actos de gestión y disposición que se determinen, asumir nuevas deudas, distribuir dividendos, derramas activas y retornos, contratar nuevos seguros o admitir nuevos socios» -art. 160.1.c). 4ª de la referida Ley-.

³⁰⁸ Cfr. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 538 a 540. A salvo quedan los actos realizados por el deudor intervenido, realizados con la autorización del art. 106.1 TRLC o con la autorización general de la administración concursal -que figure/n inscritos en el Registro- para los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial *ex art. 112 TRLC*. De otro modo, no es posible la inscripción del acto dispositivo realizado por el concursado, a menos que se acredite la caducidad de la acción (en el plazo de un mes desde su requerimiento) o la desestimación firme de la acción de anulación ejercitada (art. 109.4 TRLC). Como es lógico, el acto que se confirma o convalida ha de estar comprendido dentro de las facultades de que goza la administración concursal. No pueden tener acceso al Registro, por tanto, los actos que precisan de autorización judicial.

En el régimen de suspensión, acceden al registro los actos llevados a cabo por la administración concursal en el ejercicio de las facultades de administración y disposición atribuidas (art. 28.1.4º TRLC), siempre que, en supuestos de estructura dual, las decisiones y acuerdos se adopten de forma mancomunada (art. 81 TRLC, y salvo que el juez le haya atribuido «determinadas competencias de forma individualizada a uno de los administradores»). No deben ser inscritos tampoco los actos que precisen de autorización del juez del concurso.

Conviene notar que la inscripción en el Registro no convalida, en ningún caso, los vicios del negocio adquisitivo del titular registral (art. 33 LH), con excepción de que concurren subadquirentes protegidos por la fe pública registral (art. 34 LH).

De esta suerte, la afección opera *ipso iure* tras la declaración de concurso pero no impide jurídicamente la transmisión de los bienes respecto a terceros adquirentes (a excepción, lógicamente, de que medie previa anotación registral). En efecto, adquirido el bien por el tercero e inscrita en el Registro de la Propiedad la nueva titularidad registral por no existir constancia tabular del concurso, el mandamiento librado por el letrado de la Administración de Justicia comunicando la práctica del asiento correspondiente de declaración de concurso será denegado por el registrador (art. 20-II LH)³⁰⁹. En tales supuestos se habilita un instrumento diverso para que la administración concursal, en ejercicio de los cometidos que le son propios en orden a garantizar la conservación de la masa, pueda instar la oportuna acción de anulación (art. 109 TRLC), o, en su caso, durante la ejecución del convenio y tras la declaración de su incumplimiento, la «acción de ineficacia o de reintegración de la masa» (art. 558.2 TRLC; cfr. arts. 321 y 405.2 TRLC).

La mayor severidad de la afección ligada a la declaración de concurso en relación al embargo se observa, pues, en un doble sentido. En primer lugar, en la garantía de intransmisibilidad de los bienes a terceros una vez anotado el concurso en el Registro de la Propiedad. No cabe, como ocurre en el embargo, la transmisión del bien afecto al concurso y a la eventual actividad del órgano jurisdiccional³¹⁰. Exclusivamente cuando no haya constancia registral de la declaración de concurso puede resultar la transmisión a terceros, aun con plena afección a los fines del concurso y al margen de la eventual oponibilidad de lo inscrito. Como veremos, esta afirmación exige notables matizaciones cuando deviene eficaz el convenio y hasta la conclusión del concurso por declaración judicial de su cumplimiento (arts. 394.1, 465.3º y 467 TRLC). En segundo

³⁰⁹ En este sentido, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 542.

³¹⁰ Y es que en el proceso de ejecución forzosa, una vez acordado el embargo, con carácter general, no es necesario que el bien se halle en el patrimonio del ejecutado para garantizar la afección de este (entre otros, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., *passim*, pp. 119 y ss.; en este sentido, como decía el propio CARRERAS, dada la posibilidad de transmisión del bien por el ejecutado, la limitación de la facultad de disposición es más bien económica que jurídica -p. 120-). Sin embargo, en el concurso, por cuanto la actividad es ordenada para garantizar, primariamente, la satisfacción de sus acreedores, y, secundariamente, el reflote de la empresa viable económicamente, es precisa una mayor sujeción patrimonial en orden a asegurar el sometimiento del haber concursal a unos concretos criterios de gestión que faciliten la consecución de sus fines, cuyo control o actuación es encomendado a los órganos del concurso.

lugar, y aunque no se hubiera efectuado la anotación preventiva y posterior inscripción registral, se disponen instrumentos concretos de impugnación de tal disposición (arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC).

4.2.2. La eficacia *ad intra* de la afección patrimonial y el reproche jurídico de los actos realizados por el deudor tras la declaración de concurso

El acto realizado por el concursado *ultra vires* puede soportar un dispar reproche jurídico. En el proceso concursal, el ordenamiento jurídico refuerza la observancia de las restricciones a las facultades de administración y disposición del deudor por distintas vías.

a) El reproche civil y penal

Inicialmente, observamos una reprobación inmediata por un doble cauce. De una parte, por medio de normas que limitan la disposición (art. 205 TRLC) y habilitan la anulación del acto que infrinja la limitación por la administración concursal (art. 109 TRLC)³¹¹ o su ineficacia o reintegración a la masa (arts. 405.2 y 558.2 TRLC)³¹². De

³¹¹ Partidario de este régimen, fundamentalmente en contraposición a la sanción de nulidad prevista en el régimen de quiebra (art. 878 CCom/1885), GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley concursal)», *Actualidad Civil*, nº 17, tomo 2, 2003, pp. 9 y 10 (versión digital). A juicio de este autor, parece más razonable un tipo de ineficacia no automática, relativa o de protección y disponible o sanable, en razón de un interés más o menos amplio pero privado (el de los acreedores), que una ineficacia absoluta por contravención de una ley imperativo-prohibitiva por razón de orden público o general (como la dispuesta en la quiebra). De la misma opinión, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., pp. 188 y 189, que considerando adecuada la categoría de la anulabilidad para este supuesto entiende, sin embargo, que exige de importantes desviaciones para su adaptación a los fines de la intervención y la suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor.

En este sentido, se han formulado por la doctrina propuestas que hubieran hecho este régimen más operativo dados los propósitos del concurso. Entre otros, por ejemplo, se ha planteado que los actos del concursado que infringieran tales limitaciones fueran inválidos (*en realidad, ineficaces*) y que solo cuando los terceros contratantes instaran la convalidación o confirmación de lo actuado por el deudor, la administración se pronunciara al respecto; esto es, «desplazar la iniciativa de conservar la validez de tales actos a los terceros y no obligar a la administración concursal a hacerlo» (GARCÍA VICENTE, «La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: En particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2005, p. 3). Asimismo, otro sector de la doctrina ha propuesto que lo idóneo sería optar por el modelo alemán -art. 81 InsO: «Hat der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über einen Gegenstand der Insolvenzmasse verfügt, so ist diese Verfügung unwirksam. (...) Dem anderen Teil ist die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse zurückzugewähren, soweit die Masse durch sie bereichert ist» («Si con posterioridad a la apertura del procedimiento el deudor ha dispuesto sobre un bien de la masa de la insolvencia, esa disposición es ineficaz. (...). A la otra parte le es devuelta la contraprestación de la masa de la insolvencia, en la medida en que la masa se enriquezca con ello» -traducción de DASSO, *Derecho concursal comparado*, tomos I, cit. p. 59-), es decir: declarar la validez de los actos del concursado frente a terceros pero su ineficacia frente a la masa «distinguiendo, en el caso de los negocios jurídicos, el aspecto obligacional, que se mantiene, del de ejecución, que se bloquea, salvo

otro, a través de un reproche penal (arts. 259, 259 bis y 260 CP) que impone una mayor cautela en los actos que pueda realizar el deudor con transgresión de lo previsto.

Se trata de instrumentos legales que operan en distinto plano. Mientras la norma técnica³¹³ civil actúa impidiendo, en su caso, el resultado pretendido con la realización del acto, la norma penal interviene para el castigo del deudor cuya actividad encuadra en el tipo penal. Ambas previsiones, sin embargo, están fuertemente entrelazadas. Esto es, la limitación de facultades del deudor se sirve de un primer instrumento técnico para evitar las consecuencias de un acto no deseado por el ordenamiento jurídico, pero también de una norma secundaria que refuerza en el deudor el respeto de la primera. Y es que, aunque las previsiones contenidas en los arts. 109³¹⁴, 205 o 405.2 y 558.2 TRLC no precisan para su consideración de concretas medidas que refuercen su observancia, el legislador busca evitar la perturbación del nuevo orden jurídico estatuido tras la declaración de concurso con el reproche penal de quien lo incumple. Este último, por lo demás, atendida la dicción de los referidos preceptos del CP, opera tanto en lo atinente a

consentimiento de la Administración» (GARCÍA VILLAVERDE, «El anteproyecto de ley concursal del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 491, 2001, p. 6 -versión digital-). De esta misma opinión, entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, p. 499, y GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al artículo 40.7», *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), tomo I, ed. Lex Nova, Valencia, 2004, p. 719. Como una opción perfectamente aceptable la define DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1858 y ss. A nuestro juicio, por su claridad y depurada técnica, parece que la previsión por la que se decanta el legislador alemán es la mejor.

Entiende que con el régimen actual se llega a idéntica solución a la propuesta en el régimen alemán, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., pp. 169 a 172. En desacuerdo, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor...», cit., pp. 234 a 236, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones...», cit., pp. 1859 y 1860, y «Los efectos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos* (Coords. ELORZA GUERRERO/GUERRERO LEBRÓN), pp. 67 a 70.

³¹² Sobre la naturaleza jurídica de estas acciones, vid. *infra*.

³¹³ Para BOBBIO, la norma técnica es aquella dispuesta por el ordenamiento jurídico mediante la cual se deben cumplir con ciertas formalidades o requisitos si se quiere que el acto jurídico realizado tenga los efectos jurídicos deseados. Entre otras, integran este grupo las normas sobre nulidad y anulabilidad (en «Voz “sanzione”», *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, pp. 533, 535 y 536).

³¹⁴ Con todo, la exégesis que fomenta el art. 109 TRLC (equivalente al derogado art. 40.7 LC), al margen del régimen decretado, no es pacífica. Como veremos en páginas sucesivas, doctrinalmente se han formulado sobre la materia dos posiciones encontradas; tesis que entroncan con las construcciones desarrolladas en torno a la anulabilidad. A saber: la que considera que el acto anulable es eficaz mientras no se anule; y la que entiende que el acto anulable tiene, desde su celebración, la condición de viciado, y, por lo tanto, es ineficaz desde su origen, sin perjuicio de su posterior sanación (vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., p. 190).

la contravención de las facultades de administración como de aquellas relativas a la disposición³¹⁵.

Más allá del distinto ámbito jurisdiccional en el que se hace efectivo uno y otro reproche, con el consecuente reflejo en las reglas de legitimación, ambas presentan una eficacia temporal diversa.

En lo que hace a los arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC, el primero resulta de aplicación en las fases común, de liquidación y de convenio (arts. 306.3, 411 y 413.1 TRLC), pero, en esta última, hasta la aprobación judicial de aquel (art. 393 TRLC)³¹⁶. Una vez aprobado judicialmente el convenio y desde que este despliegue su eficacia (art. 393 y 394 TRLC), no se reconoce la acción de anulación del acto realizado por el deudor *ex art.* 109 TRLC, que se sustituye por la acción de ineficacia o de reintegración que se haga valer (arts. 405.2 y 558.2 TRLC)³¹⁷. Por su parte, el art. 205 TRLC extiende su eficacia hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación.

³¹⁵ La sanción penal en materia de insolvencia se halla regulada en los artículos 259 a 261 bis, Capítulo VII bis del Título XIII del Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica «De las insolvencias punibles». La última reforma del capítulo dedicado a las insolvencias punibles, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introduce una importante novedad al separar las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, tradicionalmente conocidas como alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota. Se introducen así, frente a la precedente regulación que contemplaba un único Capítulo (VII) «De las insolvencias punibles», dos capítulos distintos relativos a la «Frustración de la ejecución» (Capítulo VII; arts. 257 a 258 ter) y «De las insolvencias punibles» (Capítulo VII bis; arts. 259 a 261 bis).

³¹⁶ Más discutible es que este sea el régimen jurídico aplicable a las medidas cautelares *ex art.* 18 TRLC o provisionales *ex arts.* 28.3 y 111.2 TRLC acordadas por el juez, antes o después de la declaración de concurso, para asegurar la integridad del patrimonio ante eventuales actos perjudiciales del deudor. El régimen jurídico aplicable a tales actos es determinado, en principio, por el propio juez, y, solo en su defecto, al menos en relación a los actos cometidos tras la declaración de concurso, puede considerarse que el acto es anulable. En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 44 LC», cit., p. 916, y MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 45. No lo entendemos así en relación a los actos anteriores a la declaración, con vulneración de las medidas cautelares del art. 18 TRLC. En estos casos, en defecto de previsión expresa judicial, se habrá de plantear la oportunidad de ejercitar alguna de las acciones rescisorias *ex arts.* 226 y ss. TRLC, si posteriormente es declarado el concurso.

³¹⁷ La eficacia del convenio y el cese de los efectos asociados a la declaración de concurso (art. 394 TRLC) determina que, a menos que se acuerden en el convenio las referidas limitaciones a las facultades de patrimoniales del deudor (art. 321 TRLC), este recupere sus facultades para la administración y disposición sobre la masa activa y, por tanto, gocen de plena eficacia los actos que realice el deudor sobre los bienes y derechos que integran aquella (en igual sentido, en relación a la LC, ROJO, «Comentario al artículo 133», cit., p. 2216).

De establecer el convenio tales medidas, el deudor queda sometido a las mismas hasta que se dicte el auto que declare el cumplimiento del convenio, caduquen o sean rechazadas por resolución judicial firme las acciones de declaración de incumplimiento, momento en que procede dictar auto de conclusión del concurso (arts. 465.3º, 467 y 483 TRLC). De declararse el incumplimiento, con la apertura de la fase de liquidación, el deudor es desprovisto de sus facultades de administración y disposición patrimonial (art. 413.1 TRLC).

El reproche penal descrito, por el contrario, no establece distingos: procede respecto a cualquiera de los actos descritos en los tipos penales desde que exista una situación de insolvencia actual o inminente (arts. 259, 259 bis y 260.1 CP), siempre que finalmente «el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso» (art. 259.4 CP) en los tipos de los arts. 259 y 259 bis CP, o «una vez admitida a trámite la solicitud de concurso» (art. 260.2 CP)³¹⁸.

³¹⁸ Con la reforma del CP acometida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el reproche penal en los delitos de insolvencia punible o bancarota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de insolvencia (actual o inminente) y perseguible únicamente cuando se declara el concurso o se produce un «sobresimiento en los pagos» -vid. Preámbulo (XVI) de la aludida LO 1/2015-. No es precisa ya la causación de un daño material o lesión para la comisión del tipo penal, sino que la reacción del Estado se produce ante la probabilidad o amenaza de la destrucción o menoscabo del patrimonio concursal, garantía para la satisfacción de los acreedores.

Esta posibilidad de adelanto de la barrera penal a momentos previos a la lesión, común también a la anticipación de la tutela prevista en el proceso concursal, se articula fundamentalmente sobre el deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos. Para ello se tipifica un conjunto de acciones que determinan una quiebra de aquel deber y una indebida merma del patrimonio concursal o una ocultación al acreedor de la situación económica real del deudor, ya sea declarado el concurso (art. 259.1 CP), ya sea causa de la situación de insolvencia posterior (art. 259.2 CP). El delito de insolvencia punible se refuerza con un tipo agravado en el art. 259 bis CP para aquellos supuestos en los que se causan -o puedan causarse- perjuicios económicos de especial gravedad.

La indirecta protección de los acreedores, tras la reforma del CP acometida en 2015, no queda ahí. El reproche penal del deudor se amplía mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento patrimonial a determinados acreedores desde la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 260.2 CP) o de un momento anterior cuando ya concurría la situación de insolvencia actual o inminente (art. 260.1 CP).

Con destacadas diferencias respecto a la sanción civil en la protección de la garantía patrimonial, el Derecho penal deja de constituir la última *ratio* para erigirse en igual *ratio* que el Derecho concursal en la protección de aquella garantía. La conquistada subsidiariedad de la sanción penal respecto a la civil y la tradicional reducción de la aplicación de la pena en sus justos límites queda así relegada de manera notable.

Es cierto que en materia de insolvencia no se actúa la expansión máxima que puede alcanzar el Derecho penal, de paulatino crecimiento en otras zonas de actividad social (v.gr., el medio ambiente, la salud pública o el sistema crediticio). En estos, la creciente protección de bienes jurídicos colectivos y supraindividuales aboca a un Derecho penal destinado a la prevención del riesgo y no al establecimiento, como encomienda primera, de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad de lo injusto culpable (son los denominados delitos de peligro abstracto o delitos de peligro abstracto-concreto).

No es esta la categoría a la que pertenecen las insolvencias punibles. En los tipos penales contemplados en el Capítulo VII bis CP nos hallamos, por el contrario, ante delitos de peligro concreto. En todas las conductas definidas en este Capítulo el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda consumado exclusivamente cuando, de manera efectiva, aquel se produce (cfr. CEREZO MIR, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 10, 2002, p. 48).

Finalmente, en lo que hace a las insolvencias punibles y a la mayor intensidad del reproche penal instaurado tras la LO 1/2015, conviene subrayar la inclusión de la conducta imprudente como tipo concreto en la realización de alguna de las acciones que contempla el art. 259.1, extensibles al art. 259.2 CP (art. 259.3 CP). Se suprime, pues, la despenalización de la imprudencia en todos sus tipos en materia concursal, introducida por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y en la que se castigaba exclusivamente la comisión delictiva en la que concurría dolo.

Igual razonamiento es extensible al delito del art. 260 CP, dirigido al favorecimiento de acreedores en perjuicio del resto, en sus dos tipos (apartados 1º y 2º), ya que realizado el acto se entiende consumado el delito, al margen de la intención fraudulenta del deudor. No ocurre lo mismo respecto al art. 261 CP, destinado a la presentación de datos falsos relativos al estado contable con el fin de obtener

Aunque con carácter general esta tutela penal pueda estar inicialmente concebida para evitar la agravación del estado de insolvencia con carácter previo a su declaración, y los mecanismos previstos en el TRLC para procurar la ineficacia de los actos del deudor perjudiciales para la masa, una vez constituida la nueva situación jurídica, probablemente garanticen la inocuidad de estos, nada impide que reunidos los elementos del tipo aquella tutela penal pueda ser dispensada³¹⁹.

Asimismo, aunque eventualmente, también coadyuva al respeto de las referidas restricciones la posible calificación culpable del concurso cuando en la generación, o, fundamentalmente, en la agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor (art. 442 TRLC)³²⁰.

indebidamente la declaración de concurso, en tanto que expresamente se introduce un elemento volitivo: «a sabiendas».

³¹⁹ La descrita configuración delictiva de las insolvencias punibles repercute en el régimen jurídico aplicable y en las posibilidades de defensa procesal del deudor concursado en el ámbito procesal penal. En efecto, frente a los delitos de peligro abstracto en los que no forma parte del tipo ni la lesión, ni el peligro concreto del bien jurídico protegido (no siendo precisa la prueba de la producción del resultado, ni la relación de causalidad entre la acción y el resultado delictivo), y en los que se constata una destacada mengua de las oportunidades de resistencia del deudor -con la automática condena de concurrir cualquiera de las conductas tipificadas-, en los delitos de insolvencia introducidos por el legislador de 2015 el deudor goza de un estatuto jurídico más garantista.

El injusto material, esto es, el perjuicio patrimonial en los acreedores o la ocultación de la situación económica real del deudor, debe quedar acreditado. La verificación de este injusto se articula por medio de presunciones, en una doble vía. En primer lugar, respecto a determinadas acciones, se configuran presunciones *iuris et de iure* en las que probado el hecho indicio se da por cierto el presunto. Así sucede en los apartados 1º, 4º, 6º, 7º, 8º y 9º (en las cuatro últimas parcialmente) del art. 259.1 CP, que sirven de apoyo a los arts. 259.2 y 259 bis CP, y en el art. 260.2 CP. En segundo lugar, en el resto de acciones contempladas, se disponen presunciones *iuris tantum* en las que cabe demostrar que la acción goza de justificación económica o empresarial o no se dificulta o impide conocer la situación económica real del deudor. En este sentido, véanse los apartados 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º (en las cuatro últimas parcialmente) del art. 259.1 CP, de igual aplicación en arts. 259.2 y 259 bis CP, y en art. 260.1 CP.

En el primer grupo de presunciones, la defensa del deudor solo puede dirigirse a practicar contraprueba eficaz frente al hecho indicio para evitar que este quede demostrado y pueda operar la presunción. Este régimen de presunciones es lógico habida cuenta de que el elenco de acciones recogidas conducen incontestablemente a un resultado atentatorio contra el deber de diligencia del deudor en la gestión de asuntos económicos, sea llevando a cabo un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones indebido sea ocultando la situación económica o financiera del deudor.

En el segundo grupo de presunciones, el deudor puede concentrar sus esfuerzos tanto en practicar contraprueba frente al hecho indicio, como en practicar prueba plena dirigida a demostrar la falsedad del hecho presunto o la ausencia de enlace entre uno y otro hecho. Este grupo de acciones, afectadas por una presunción relativa, son sospechosas de infringir el deber de diligencia del deudor pero se admite su confrontación al no ser absoluto el nexo entre ambos hechos.

³²⁰ Por cuanto la calificación del concurso como culpable pivota sobre la conducta del deudor y la omisión de ciertas exigencias y deberes respecto a la producción o agravación del estado de insolvencia -GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Comentario al art. 164 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2523- y la apertura de la sección sexta se produce «en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio o el plan de liquidación o se ordene la liquidación de la masa activa conforme a las normas legales supletorias» (art. 446.1 TRLC; vid. excepciones previstas en art. 446.2 TRLC) o por incumplimiento del convenio (art. 452

b) El alcance del reproche asociado al art. 205 TRLC: ¿acto nulo o anulable?

Resulta controvertido determinar el alcance de la previsión contenida en el art. 205 TRLC: «los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez». Ello se traduce en la necesidad de contar, en los supuestos de suspensión, con la voluntad favorable no solo de la administración concursal sino también del juez, y, en los supuestos de intervención, junto a la voluntad del deudor, con la anuencia de la administración concursal y el juez. Este superior control en tal tipo de actos³²¹ (vid., asimismo, arts. 119 y 120 TRLC³²²), dirigido a garantizar la mejor conservación y gestión de la masa activa, no viene acompañado, empero, de un claro régimen jurídico en lo que se refiere al tipo de invalidez aplicable a

TRLC), cualquier acto del deudor previo que agrave el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave determina una calificación de concurso culpable.

³²¹ Pese a que la dicción literal del precepto engloba en exclusiva los actos relativos a «enajenar o gravar» es comúnmente admitido en la doctrina la extensión de este régimen jurídico al resto de actos de disposición. Sobre la cuestión, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 899 y 900, y ZURIÑA CARIÑANA, «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 379. Parece compartir esta opinión, asimismo, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 188.

Debe excepcionarse de la regla anterior lo prescrito en el art. 206 TRLC. En relación al párrafo 1º del apartado 1º -«Los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor»-, vid. también arts. 111 a 114 TRLC. Aunque la delimitación de qué concretos actos deben considerarse incluidos dentro de la continuidad de la referida actividad profesional o empresarial es controvertida, parece lógico entender que exclusivamente aquellos actos típicos o corrientes de la actividad misma (v.gr., enajenación de productos comercializados por la empresa o pago de materias primas para su producción) y no aquellos conexos, instrumentales o complementarios de esta (v.gr., constitución de una hipoteca para obtener financiación o la compra de un local para el depósito de mercaderías), deben quedar exentos de autorización judicial -cfr., MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., p. 902-. Téngase en cuenta, asimismo, lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del apartado 1º en orden a garantizar, respectivamente, las exigencias de tesorería durante la tramitación del concurso y la viabilidad de los establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas que integren la masa activa. Finalmente, el apartado 2º del art. 206 TRLC excepciona los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan «sustancialmente» -diferencia inferior al diez por ciento en inmuebles y del veinte en muebles, sin constancia de oferta superior- con el valor que se les haya dado en el inventario.

³²² Según el tenor del 120.4 TRLC, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal «necesitará autorización del juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios que se hubieran iniciado antes de la declaración de concurso»; no, por tanto, como ya ocurría en la LC (54.1), en los procesos nuevos iniciados por la administración.

La previsión contenida en el art. 120.4 TRLC confronta con la dicción del art. 119.1 TRLC, para supuestos de intervención, que solo exige la autorización de la administración concursal (y no del juez) para tales actos de disposición en el proceso, y con el art. 120.3 TRLC, destinado al ejercicio de acciones de índole personal, que exige igual autorización para «presentar demandas, interponer recursos, allanarse, transigir o desistir cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa».

los actos realizados sin la debida autorización judicial. Ello, como es lógico, condiciona el tipo de reproche procedente.

El acto podría ser considerado nulo de pleno derecho, en aplicación del art. 6.3 CC. En puridad, contravendría una norma imperativa que no prevé efecto distinto³²³. Asimismo, podría considerarse el acto anulable y ser de aplicación, por analogía, el régimen previsto en el art. 109 TRLC³²⁴. Y, en fin, también podría tener la consideración de acto anulable con soporte normativo en otros preceptos del TRLC en lo que se refiere a la legitimación para su impugnación.

La cuestión es discutible. Ciertamente, el legislador podría haber optado por la anulabilidad de manera expresa y nada concretó. Sin embargo, en una interpretación sistemática, la sanción de nulidad puede resultar desmedida. Adviértase que el mandato contenido en el art. 204 TRLC -esto es, la conservación de la masa activa del modo más conveniente para el interés del concurso- es extensible al órgano jurisdiccional, y, por tanto, de haberse realizado un acto de disposición justificado desde este punto de vista³²⁵, nada debería impedir la subsanación del acto mediante su convalidación judicial posterior³²⁶.

Cuestión distinta acontece cuando el acto es, a criterio del juez, repudiable. En estos casos, no puede resultar de aplicación el art. 109 TRLC. Precisamente porque la legitimación es atribuida en exclusiva a la administración concursal es difícilmente

³²³ De este parecer, entre otros, BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 43, 2005, p. 68 (también publicado en *La nueva Ley Concursal. Estudios de Derecho Judicial*, nº 59-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 147 a 360); GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al art. 40.7 LC», cit. p. 720; y SANJUÁN MUÑOZ, «La disposición sobre bienes y derechos en el concurso de acreedores y la cancelación de cargas registrales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 14, 2008-2, pp. 9 y 10 (versión digital).

³²⁴ De esta opinión, entre otros, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 43 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 511; ZURIÑA CARIÑANA, «Comentario al artículo 43», cit., p. 380; MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, p. 22.

³²⁵ De este modo se entiende cuando se trate de actos dirigidos a garantizar la conservación del bien (v.gr., venta de mercancías perecederas o de difícil conservación) o su valor (v.gr., bienes de rápida depreciación).

³²⁶ Partidarios de esta convalidación posterior, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 43 LC», cit., p. 511; MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., p. 898. Especialmente cuando en el acto de otorgamiento hubiera mediado urgencia que impidiera la autorización, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 192; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 45; y COLINO MEDIAVILLA, «Comentario al artículo 43 LC», *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU), tomo I, Madrid, 2004, pp. 614 y 615.

sorteable aseverar que un acto de disposición realizado por la administración concursal sin la debida autorización judicial solo podrá ser impugnado por esta³²⁷. En algún supuesto es sostenible que así sea (v.gr., cuando la urgencia justifica su realización para su posterior sometimiento a consideración judicial), pero no, desde luego, con carácter general. Ello aconseja la integración del precepto con reglas que habiliten a otros sujetos con interés directo en la conservación de la masa la impugnación del mismo. A nuestro parecer, deudor (art. 509 TRLC), acreedores (art. 512.1 TRLC) y cualquier otro sujeto con interés legítimo (art. 512.3 TRLC), deberían ostentar legitimación para instar la referida impugnación que, en aplicación de las reglas generales, se ventilará por los cauces del incidente concursal (art. 532.1 TRLC)³²⁸.

c) Previsiones registrales

Finalmente, desde el punto de vista registral, hallamos previsiones que se hacen eco del descrito reproche. Concretamente, en primer lugar, el art. 109.4 TRLC dispone, respecto a los actos del deudor que infrinjan la limitación o suspensión referidas: «no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, alcance firmeza la resolución judicial por la que se desestime la pretensión de anulación o se acredite la caducidad de la acción». En segundo lugar, los arts. 321.2 y 558.2 TRLC, respecto a las medidas prohibitivas o limitativas de tales facultades establecidas en el convenio, establecen que: «serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la sentencia que declare la ineficacia del acto» (art. 321.2 TRLC), lo que debe ser completado -en una duplicidad parcial incomprensible- con el art. 558.2 *in fine* TRLC: este resultado se puede alcanzar por medio de «la acción de ineficacia o de reintegración de la masa que, en su caso, se

³²⁷ En opinión de PARRA LUCÁN, tal atribución no es técnicamente deseable pues, doctrinalmente, es comúnmente admitido que quien puede anular puede confirmar (en *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 192).

³²⁸ Otras soluciones ofrecidas por la doctrina se decantan por integrar el contenido de este precepto con aplicación del art. 100 TRLC, que haría extensible al órgano jurisdiccional un control de oficio. En este sentido, respecto al derogado art. 37 LC, PARRA LUCÁN para quien el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o del otro miembro de la administración concursal, siempre que no hubieren intervenido en el otorgamiento del acto, deberían tener atribuida legitimación para instar la referida impugnación (en *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 192 y 193). Para ZURIÑA CARIÑANA, en cambio, solo estará legitimado para su ejercicio «el acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción» (en «Comentario al artículo 43», cit., p. 380), algo de lo que debemos discrepar.

ejercite»³²⁹. Por último, de dispar tenor, encontramos el ya referido art. 37.2 TRLC: «practicada la anotación o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, sin más excepciones que las establecidas en esta ley».

Se concreta, pues, un doble filtro registral en aras a garantizar la conservación de la masa activa y evitar menoscabos que frustren el eventual éxito del concurso. De un lado, desde la declaración de concurso, y por tanto, consecuencia inmediata de la afección patrimonial, se procura evitar la disgregación de los elementos del activo excluyendo la eventual protección registral de terceros adquirentes por una doble vía: arts. 109.4 y 321.2 y 558.2 TRLC. De otro, desde que se practica la anotación preventiva o la inscripción de la declaración de concurso, se produce el cierre registral respecto a medidas que puedan comprometer la integridad patrimonial (art. 37.2 TRLC, en relación con arts. 142 y ss. TRLC). El tratamiento de este último cierre del Registro lo acometeremos con ocasión del estudio de la eficacia *ad extra* de la afección patrimonial.

Respecto al primer filtro, el cierre registral descrito en el art. 109.4 TRLC mal encaja con el régimen de anulabilidad contemplado en la norma (art. 109.1 a 3 TRLC). Al menos, si se aboga por la tesis, mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia, de concebir que el acto realizado por el deudor es eficaz hasta que no se declare judicialmente su ineficacia³³⁰. En efecto, si el acto realizado por el deudor es eficaz *ab*

³²⁹ Frente al TRLC, que se sirve de los referidos arts. 321.2, 405.2 y 558.2, ubicados sistemáticamente en Títulos distintos, la LC optaba por regular la cuestión en el art. 137.2. Al margen de que el régimen jurídico ha mejorado notablemente, desde el punto de vista de la sistemática, el TRLC exige de una lectura coordinada y atenta, con cierta duplicidad normativa, por algunos de sus pasajes, innecesaria bajo el régimen anterior.

³³⁰ Siguiendo este parecer, la acción de anulabilidad y la sentencia ostentarían naturaleza constitutiva. De esta opinión, entre otros, respecto al art. 40.7-I LC, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor...», cit., pp. 239 y 240 y «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones...», cit., pp. 1861 y ss.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al artículo 40.7», cit., p. 722; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., pp. 49-50; PARRA LUCÁN, «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable», cit., p. 7 -versión digital-; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed., tecnos, Madrid, 2004 (reimpresión 2003), pp. 549 y 550; LASARTE ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil patrimonial*, 21ª ed., tecnos, 2015, pp. 370 y 371; y, de manera confusa, MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado...», cit., p. 24.

initio, sería inscribible en los registros públicos, posibilidad que, sin embargo, es negada por el TRLC³³¹.

Al respecto, más acorde con este cierre registral sería entender que el acto realizado por el deudor es ineficaz desde su inicio, sin necesidad de interponer la acción de anulación, aunque se habilite su sanación por medio de la convalidación o confirmación del acto³³². Cobraría pleno sentido, entonces, la exigencia de autorización previa de la administración concursal para la realización del acto³³³.

El cierre registral descrito resulta coherente con el control de calificación de legalidad que debe hacer el registrador para proceder a la inscripción de los actos de disposición; control extensible no solo a la validez de los mismos sino también a la capacidad de los otorgantes (art. 18-I LH)³³⁴. Siendo así, la adquisición de buena fe de aquellos que contratan directamente con el concursado, contraviniendo la limitación o la suspensión de las facultades de administración y disposición, se halla afectada por la anulabilidad sin excepción, esto es, aun cuando no estuviera inscrita tal circunstancia en el Registro y al margen de que el adquirente llegara a inscribir³³⁵. Como es sabido, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art.

³³¹ Sin embargo, es cierto que concurren argumentos que militan en esta dirección. A favor de esta tesis parece decantarse el inicio del referido precepto: «Los actos del concursado que infrinjan la limitación o la suspensión de las facultades patrimoniales acordada por el juez del concurso solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, salvo que esta los hubiese convalidado o confirmado». *A sensu contrario*, se podría entender que, si realizado un acto, no se anula, es porque deviene eficaz. De otro lado, si realizado un acto de esta naturaleza es, de origen, ineficaz: ¿para qué una acción de anulación? En profundidad, sobre la cuestión, vid. los argumentos esgrimidos por DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones...», cit., pp. 1858 a 1866, y «Los efectos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», cit., pp. 67 a 70.

³³² Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., pp. 190 y 191, y «Comentario al artículo 40», cit., pp. 808 y 809.

³³³ También localizamos otras posiciones. Hay quien entiende que, en rigor, no nos hallamos ante actos anulables sino ante actos nulos convalidables o actos incompletos, realizados por quien no tiene suficiente poder de disposición (en este sentido, BAREA MARTÍNEZ/MARQUÉS MOSQUERA, «El concursado y la administración concursal: capacidad y ámbito de actuación respectivo, con especial referencia a los actos de disposición», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº extraordinario, 2016, pp. 188 y 189). A juicio de las autoras, la sanción de anulabilidad no es atinada por cuanto el acto anulable, en sentido estricto, es válido y eficaz, aunque eventualmente claudicante, y no ineficaz *ab initio*, como parece ha querido el legislador, sin perjuicio de que sea preciso un pronunciamiento judicial dirigido a destruir la apariencia creada.

³³⁴ Encontramos autores que entienden que, al tratarse de actos anulables, no nos hallamos ante un caso de denegación de inscripción, sino de suspensión de la misma. De este parecer, entre otros, HERBOSA MARTÍNEZ, «Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 678, 2003, p. 12 (versión digital), y, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 43.

³³⁵ En este sentido, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 187 y 188.

33 LH; entre los que se encuentra los actos anulables) y el adquirente no puede gozar de la protección registral (art. 34 LH), pues no es tercero sino parte del negocio jurídico afectado por la ineficacia³³⁶.

Ahora bien, en caso de impugnación del acto de disposición *ex art.* 109 TRLC, y en tanto que el titular registral es el adquirente, solo tendrá acceso al registro la eventual sentencia estimatoria que anula el acto si la demanda ha sido dirigida no solo frente al concursado sino también frente a aquel que ha adquirido el bien [así, expresamente, arts. 40-I.d) y II LH]. Exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de los principios registrales de legitimación (art. 38-II LH), fe pública (arts. 32 y 34 LH) y tracto sucesivo (art. 20 LH)-, imponen que así sea³³⁷.

No ocurre lo mismo con los subadquirentes. Estos hallan protección registral cuando su adquisición reúne los requisitos del art. 34 LH, esto es, que la transmisión sea a título oneroso, de buena fe y se haya inscrito el título en el Registro. Cuestión controvertida es la de esclarecer si la publicidad prevista *ex art.* 35, 36 o 37 TRLC, respecto a algún registro distinto al de la Propiedad, destruye la buena fe del subadquirente. Adviértase que la buena fe del tercero se presume en todo caso mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro de la Propiedad (art. 34-II LH), por lo que deberá ser probado que los subadquirentes conocían o debían haber conocido, si hubieran actuado con la debida diligencia, la declaración de concurso.

En este sentido, aunque la publicidad prevista en el art. 34 TRLC no contiene una presunción de conocimiento de la situación concursal, con apoyo en los arts. 35 y

³³⁶ De esta opinión, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., p. 202, y MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado...», cit., p. 27. En contra, por considerar que tales adquirentes son terceros respecto al concurso y deberían gozar de protección registral al entender inoponible lo no publicado, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., pp. 10 y 11 (versión digital): «el ajeno al concurso que directamente adquiere, de buena fe, del concursado continúa en la misma anacrónica situación de desprotección que tan insistente y fundadamente ha venido denunciando la doctrina. Se sigue resistiendo a nuestro Derecho la solución completa al problema que la seguridad de las adquisiciones plantea a la satisfacción del crédito en el procedimiento concursal» (p. 11).

³³⁷ Cfr. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 542 y 543. En este sentido, entre otras, vid. resoluciones del DGRN de 8 de junio de 2007 (BOE nº 158, de 3 de julio de 2007, pp. 28758 a 28759), de 16 de julio de 2010 (BOE nº 227, de 18 de septiembre de 2010, pp. 79462 a 79465), de 3 de marzo de 2011 (BOE nº 97, de 23 de abril de 2011, pp. 41301 a 41304), de 3 de febrero de 2012 (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2012, pp. 17712 a 17717), de 8 de octubre de 2013 (BOE nº 267 de 7 de noviembre de 2013, pp. 89878 a 89885), de 25 de noviembre de 2013 (BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2013, pp. 102697 a 102710), de 12 de marzo de 2014 (BOE nº 100, de 25 de abril de 2014, pp. 32799 a 32806), de 16 de enero de 2017 (BOE nº 32, de 7 de febrero de 2017, pp. 8372 a 8392) y 3 de julio de 2019 (BOE nº 178, de 26 de julio de 2019, pp. 81450 a 81458).

36 TRLC sí localizamos otras previsiones registrales que excluyen aquella buena fe. Así acontece, por ejemplo, con la publicación de la inscripción de la declaración de concurso en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (arts. 21 CCom, 9 RRM y 16.5 Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades)³³⁸, en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 5 del Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas) y en el Registro de Fundaciones de competencia estatal o en los de las respectivas CCAA (art. 37 LF)³³⁹.

Respecto a los bienes muebles, siguiendo el tenor del art. 109.4 TRLC, debiera operar idéntico cierre registral. Sin embargo, como sabemos, el Registro de bienes muebles no constituye un exhaustivo catálogo de titularidades sino un registro de gravámenes, que no contempla la inscripción de las transferencias voluntarias ni la adjudicación o el remate del bien gravado (arts. 68 LHM, 15 Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y 4, 5, 21 y 23 de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles -Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999-)³⁴⁰. Esto es, en tanto que la transmisión de bienes se desenvuelve al margen del registro, difícil encaje tiene el cierre registral³⁴¹.

La proyección de los efectos de la anulación sobre los adquirentes y subadquirentes de buena fe cuando no consta en aquellos la anotación del concurso³⁴², deberá, por tanto, regirse por las reglas establecidas en los arts. 464 CC, 85 y 545

³³⁸ No obstante, en esta previsión debe tenerse en cuenta: en primer lugar, que «cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos» (art. 21.2 CCom); en segundo lugar, que «en caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuera favorable» (art. 21.3 CCom); y, en tercer lugar, que «la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción» (art. 21.4 CCom). Asimismo, nótese que la inoponibilidad de lo no inscrito opera exclusivamente respecto a terceros de buena fe (art. 21.1 CCom), y, por tanto, en tanto no conozca la declaración de concurso; hecho este último cuya carga corresponde a la administración concursal. En relación al art. 9 RRM, de idéntico tenor, vid. nota al pie 301.

³³⁹ Sobre las cooperativas y las fundaciones, vid. nota al pie 301. Asimismo respecto al Registro Civil y al Registro Nacional de Asociaciones.

³⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 547.

³⁴¹ De la misma opinión, *ibídem*.

³⁴² Siguiendo a SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, una vez anotado el concurso, «el registrador denegará la inscripción de los negocios jurídicos de cesión por actos *inter vivos* o de adjudicación *mortis causa* de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento [art. 68.a) y b) LHM], o de los derechos del vendedor, arrendador o financiador [art. 4.e) de la Ordenanza]. También denegará la toma de razón de los embargos que no hayan sido decretados por el juez del concurso [arts. 68 d) LHM y 5 a) de la Ordenanza]» (*ibídem*).

CCom, 19 Ley Cambiaria y del Cheque y 11 de la Ley del Mercado de Valores. Es decir, la adquisición directa del deudor por el tercero, considerada *a non domino* por carecer aquel del poder de disposición total o parcialmente, podrá ser objeto de anulación y la eficacia retroactiva de su sentencia habilitará, respecto a la adquisición por subadquirentes, el ejercicio de la eventual acción reivindicatoria a cargo de la administración concursal. Evidentemente, todo ello a excepción de que concurren los requisitos, dispuestos en tales preceptos, para que la adquisición devenga irreivindicable³⁴³.

Aprobado el convenio, se prevé un efecto registral dispar respecto a aquellos actos realizados por el deudor que contravengan las limitaciones establecidas en aquel. Como es sabido, desde la eficacia del convenio cesan los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que, en su caso, establezca el mismo (art. 394.1 TRLC); entre ellos, el establecimiento de medidas prohibitivas o limitativas a las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor (art. 321 TRLC)³⁴⁴.

Estas potestativas medidas, dirigidas a evitar el menoscabo o disminución de los bienes y derechos que integran la masa activa, gozan, sin embargo, de una dispar eficacia. En efecto, la sanción registral asociada a su vulneración no impide el acceso a los registros públicos de aquellos actos realizados por el deudor que puedan resultar contrarios a aquellas «pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de ineficacia o de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite» (art. 558.2 *in fine* TRLC; vid., asimismo, art. 321.2 TRLC)³⁴⁵. Esto es, el acto contrario a la limitación o

³⁴³ En este mismo sentido, DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones...», cit., p. 1860. En contra, por considerar inaplicables los referidos preceptos a los adquirentes directos (sí a los subadquirentes), MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 203 a 205. Respecto a los subadquirentes, de igual modo, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 43.

³⁴⁴ La conveniencia de estipular tales medidas es evidente en tanto que, desde la eficacia del convenio (art. 394.1 TRLC), no solo cesan los efectos asociados a la limitación o suspensión de las facultades de administración y disposición acordadas en el auto de declaración de concurso *ex arts.* 28.1.3º y 4º, 106.1, 2 y 109 TRLC, sino también las restricciones establecidas en el art. 205 TRLC, relativas a la conservación y administración de la masa activa. Esto es, la falta de previsión al respecto puede determinar una importante merma del patrimonio destinado al cumplimiento del convenio por cuanto el deudor podrá enajenar bienes de la masa o contraer nuevas obligaciones con cargo a los mismos sin posibilidades reales de revocación o anulación. Advierten de este peligro también, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 133», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1465 y 1466, y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 193.

³⁴⁵ El derogado art. 137.2 *in fine* LC establecía: «pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite». Pese a su denominación, recogida en la

prohibición realizado por el deudor resulta eficaz, con salida del bien de la masa activa, a menos que se ejercite la oportuna acción o el adquirente, extrajudicialmente, se avenga a su devolución³⁴⁶.

Esta solución ha sido criticada doctrinalmente pues no se alcanza a entender la oportunidad de que el TRLC solucione un problema de similar raigambre de manera radicalmente opuesta³⁴⁷. Es decir, al igual que ocurre con el régimen de suspensión o intervención del art. 106 TRLC, si el deudor carece de la facultad de disposición, aunque sea por vía convencional, lo razonable sería predicar iguales efectos sustantivos y registrales respecto a los actos contrarios realizados por aquel³⁴⁸.

La previsión registral contemplada en el derogado art. 137.2 LC no se compadece, *a priori*, con las reglas dispuestas en la legislación hipotecaria. Al menos, así debemos entenderlo si las referidas limitaciones son concebidas como prohibiciones de disponer³⁴⁹ (arts. 26.1º y 42.10º LH)³⁵⁰. En efecto, la común eficacia de su anotación

redacción actual, son remarcables las distancias que separan esta acción de aquella de reintegración concursal que contienen los arts. 226 y ss. TRLC (vid. *infra*).

³⁴⁶ Como ha señalado MARTÍNEZ FLÓREZ, en relación al art. 137.2 LC, pese a la dicción del precepto solo será preciso el ejercicio de la referida acción cuando el adquirente se niegue a devolver el bien que ha salido del patrimonio o cuando tales actos de transmisión hubieran tenido acceso al Registro de la Propiedad. En este último caso, por cuanto la cancelación de la inscripción o anotación preventiva hecha en virtud de escritura pública no se cancela sino por sentencia firme, o por otra escritura o documento auténtico, en los cuales preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, sus causahabientes o representantes legítimos -art. 82-I LH- (en «Comentario al art. 137 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2255).

³⁴⁷ En este sentido, respecto a la LC, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., pp. 11 y 12 (versión digital). Califica como sorprendente este dispar tratamiento, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 368 y 369, y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 193. En este sentido también, DE BUSTOS, «Comentario al artículo 137», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 660.

Es más, el TRLC parece estar optando, en función del tipo de acto anulable *ex art.* 109 o *ex arts.* 321.2 y 558.2, por una tesis distinta en torno a la categoría de la anulabilidad (vid. *supra* nota al pie 314).

³⁴⁸ En contra, por considerar justificado este dispar tratamiento en atención a la finalidad que persiguen unas y otras limitaciones, DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal...*, cit., pp. 210 y 211.

³⁴⁹ Doctrinalmente, parece existir común acuerdo en que se trata de una prohibición de disponer. En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2254; y CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1503 a 1505. También se podría inferir de PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 193, al hablar de anotación preventiva de disposición.

³⁵⁰ Parece no entender aplicables tales preceptos, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2256.

preventiva debería determinar la no inscripción del acto de disposición realizado por quien no goza de legitimación para ello (art. 145 RH)³⁵¹.

Singularmente, el TRLC establece expresamente que tales medidas limitativas o prohibitivas afectan a la capacidad de obrar del concursado. Se reputan aplicables, de este modo, los arts. 42.5º LH y 142 y 166.4º RH. Es decir, en el tratamiento registral de la cuestión, el nuevo texto concursal se hace eco del relajado concepto de incapacidad de la normativa hipotecaria, en el que tiene cabida la intervención y la sustitución de las facultades patrimoniales del concursado, asimilando, en lo referido a la publicidad registral, la situación jurídica de concursal a la de declaración de incapacidad³⁵².

Sin embargo, al margen de la controvertida naturaleza jurídica de tales limitaciones y la calificación ofrecida por el TRLC, lo cierto es que, respecto al registro de la propiedad, el régimen diseñado -como ya ocurriera en el contemplado en la LC- opera como si no concurriera vicio afectante a la validez del acto dispositivo, y, por tanto, no procede la denegación de su inscripción por parte del registrador (art. 18-I LH).

³⁵¹ De igual opinión, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1504.

³⁵² Esta equiparación no es nueva. Como señalan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, esta solución ha respondido, tradicionalmente, a un problema de índole práctica: la legislación hipotecaria no contemplaba expresamente la inscripción de las situaciones concursales y solo al amparo de los art. 2.4º LH y 10 RH, dedicados a impedir el acceso al registro de los actos de disposición del incapacitado, encontraba cobertura normativa la inscripción, dando solución a problemas comunes (v.gr., la adquisición de nuevos inmuebles o derechos reales y anotación de la declaración de concurso en virtud del entonces vigente art. 391 RH). En este sentido, téngase en cuenta que, junto a la anotación en el folio correspondiente de cada bien o derecho, la declaración de concurso exige, desde la redacción originaria, la práctica de un asiento en el «Libro de Incapacitados» (arts. 386 a 391 RH). El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, procuró con mejor técnica modificar su denominación -«Libro de alteraciones en las facultades de administración y disposición»- con el propósito, según su Exposición de Motivos, «de que se reflejen en él no sólo las situaciones de incapacitación sino también cualesquiera otras alteraciones en las facultades dispositivas o de administración, como quiebras, suspensiones de pagos, convenios (...) y cualesquiera otras resoluciones, negocios o actos que puedan alterar la facultad dispositiva de las personas, en orden a la calificación registral de los actos o contratos inscribibles que puedan luego otorgar las personas afectadas». Sin embargo, la reforma fue anulada por STS (sala 3ª), de 31 de enero de 2001 (BOE, nº 79, de abril de 2001, p. 12273), al considerar que la ampliación del referido Libro determinaba la ampliación del contenido del Registro y ello no era posible por vía reglamentaria (sobre estas cuestiones, *in extenso*, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 531 y 535). Consecuencia del fallo fueron anulados los arts. 386 a 388 y 391 RH.

De manera muy similar, respecto al registro civil, el art. 72 Ley 20/2011, de 21 de julio, regula la inscripción de la declaración judicial de la modificación de la capacidad (apartado 1º), junto a las vicisitudes asociadas a la declaración de concurso, con inscripción de esta, la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales y el nombramiento del administrador o administradores concursales (apartado 2º).

La anotación preventiva o la inscripción de tales limitaciones convencionales procura, pues, una eficacia distinta asimilable a la anotación preventiva de demanda³⁵³ (art. 42.1º LH; vid. al respecto art. 166.4º RH). Nótese que el único fin perseguido con el régimen establecido en los arts. 321.1 y 558.2 TRLC –también en el art. 137.2 LC- es enervar el efecto de la fe pública registral respecto a terceros adquirentes, siendo plenamente aplicable el no cierre registral que estipula, con carácter general, el art. 71 LH³⁵⁴.

Esto es, desde que deviene eficaz el convenio, quiebra la regla de la intransmisibilidad de los bienes respecto a terceros operante desde la constancia tabular de la declaración de concurso, quedando aminorada la severidad de su afección patrimonial. El alcance de la afección es entonces sustituido por el ejercicio de una genuina doble acción –«acción de ineficacia o de reintegración de la masa» (art. 558.2 TRLC)- de intrincado régimen jurídico.

Conviene notar, empero, que la garantía a la afección patrimonial que procuran tales medidas no está condicionada a su constancia registral³⁵⁵. Su aptitud es efectiva

³⁵³ Otras opciones que plantea la doctrina respecto a la singular eficacia registral de tales medidas limitativas han sido asimilar su efecto a una anotación preventiva de embargo que conceda al beneficiario una suerte de privilegio (arts. 90.1.4º LC y 44 LH), o que el que adquiera el bien sujeto a prohibición de disponer se subrogue en la carga y en el crédito (art. 15.3-II LVP). En este sentido, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., pp. 1504 y 1505, que acaba desechando ambas tesis.

³⁵⁴ La negación del cierre registral previsto con carácter general en el art. 71 LH no es, en concordancia con lo expuesto, predicable respecto a las prohibiciones de disponer (en este sentido, LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 232), argumento que milita a favor de considerar que tal limitación convencional no constituye una verdadera prohibición de disponer, o, al menos que, de serlo, el régimen registral contemplado es, como poco, extraordinario. Parece reconocer tal prohibición de disponer en sede de convenio en relación a la suspensión de pagos, GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp. 175 y 176.

Dado el tratamiento registral descrito, en línea con el régimen diseñado en el art. 106 TRLC, se ha planteado si tales medidas limitativas de las facultades patrimoniales constituyen, más que verdaderas prohibiciones de administrar y disponer o de no hacerlo sin cumplir determinados requisitos (v.gr., autorización de otro sujeto), meras obligaciones de no disponer, de no administrar o de no hacerlo sin cumplir ciertas condiciones. El régimen registral expuesto abocaría a pensar en esta segunda solución: los actos resultan plenamente eficaces, con el consecuente reflejo registral, y la sanción ejercitable para su impugnación se canalizaría por la vía del incumplimiento del convenio (art. 402 TRLC) y la apertura de la liquidación (cfr., en relación a la LC, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2253). Solo entonces serían ejercitables las acciones de ineficacia o de reintegración a que alude el art. 558.2 TRLC. Esta, empero, como veremos seguidamente, no parece que sea la solución querida por el legislador.

³⁵⁵ No parece entenderlo así, respecto al proyecto de LC, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 12 (versión digital) para quien el referido texto legal, de idéntico tenor en este punto a la norma finalmente aprobada, y extensible al TRLC, supedita la oponibilidad de las medidas prohibitivas o limitadoras convenidas en el concurso, y las consecuencias de

desde que el convenio adquiere eficacia por declaración judicial (arts. 393 y 394.1 TRLC), sin que la inscripción o anotación preventiva sea un elemento constitutivo de su existencia.

Cuestión distinta es la aparición de terceros adquirentes de buena fe que puedan resultar protegidos por el registro en aplicación de las reglas generales (arts. 606 CC y 13, 32, 34 y 37 LH). En este sentido, la publicidad proporcionada por los registros públicos (arts. 36, 37, 390, 557 y 558 TRLC³⁵⁶³⁵⁷) ostenta un extraordinario cometido

su incumplimiento, a su inscripción registral. En contra, del mismo parecer que nosotros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2257.

³⁵⁶ Con el cese de los efectos de la declaración de concurso, una vez deviene eficaz el convenio (art. 394.1 TRLC), procede acordar la cancelación de la anotación de concurso en el Registro. En rigor, es la propia sentencia aprobatoria del convenio la que debe ser objeto de una nueva anotación o inscripción (arts. 390 y 558 TRLC) con eficacia cancelatoria respecto a la previa anotación de concurso y de los asientos que se hubieran practicado (arts. 193, 195 y 206.5º RH; incluidos los embargos anteriores a la declaración de concurso) en cada uno de los bienes y derechos del deudor inscritos en el registro de la propiedad. Esta es extensible, lógicamente, a las anotaciones que se hubieren hecho constar en el «Libro de Incapacitados». Si el juez acordara retrasar la eficacia del convenio hasta que la aprobación deviniera firme (art. 393.2 TRLC) o decidiera que esta fuera parcial al pronunciarse sobre el retraso de su eficacia (art. 393.2 *in fine* TRLC), no cabe pensar en postergar la anotación preventiva de la sentencia aprobatoria del convenio dado el tenor de los arts. 390 y 558 TRLC, en relación con el art. 37 TRLC. De igual modo ocurre cuando el juez acuerde, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, el inicio del cumplimiento del convenio aceptado bajo las condiciones provisionales que aquel determine (art. 387 TRLC). En todos estos casos, sin embargo, será necesario extender posteriormente una nueva anotación haciendo constar el resultado de las actuaciones y el contenido definitivo del convenio. En el resto de registros de bienes (aunque el art. 558 TRLC alude, en exclusiva, a los registros de la propiedad y a los de bienes muebles), también se deberá hacer constar la sentencia aprobatoria del convenio en los términos indicados, con idéntica eficacia a la que descrita para el registro de la propiedad.

Respecto a los registros de personas, al amparo de los arts. 36, 390 y 557 TRLC, se hará constar, de igual modo, la sentencia aprobatoria del convenio aunque no sea firme (y sin perjuicio de nueva inscripción cuando adquiera firmeza). La eficacia de la inscripción y su oponibilidad frente a terceros es la propia de cada uno de los registros.

Sobre la cuestión, respecto a la LC, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 132», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2204 a 2211.

³⁵⁷ Bajo la LC, el régimen estipulado en los arts. 24, 132 y 137.2, en orden a garantizar la publicidad registral de la sentencia aprobatoria del convenio y de las limitaciones a las facultades patrimoniales estipuladas en él, suscitaba alguna duda dado el silencio legal en torno al contenido del asiento que debía ser extendido en el registro de la propiedad. De un lado, el art. 132 LC disponía: «se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 de esta Ley». De otro, el art. 137.2 LC, que omitía toda referencia al art. 24.4 LC, establecía: «las medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas». No quedaba claro, pues, si la inscripción del convenio (art. 132 LC) excluía la anotación preventiva o inscripción de las referidas limitaciones (art. 137.2 LC) -de este parecer, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., pp. 1504 y 1505-, si la anotación de las limitaciones convencionales era necesaria por cuanto la constancia registral íntegra de la sentencia aprobatoria del convenio resultaba improbable -de esta opinión, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2256-, o, en fin, si la inscripción debía ser reiterada.

En el régimen instaurado *ex art. 558 TRLC*, en lo que ahora interesa, se indica que serán objeto de anotación o de inscripción en el folio correspondiente la aprobación del convenio y «cuantas resoluciones se dicten en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos de la masa activa, las que se establezcan en la

que permite hacer valer, en su caso, la oponibilidad de lo inscrito, y garantizar el posterior éxito de la eventual acción ejercitada *ex art. 558.2 TRLC*³⁵⁸.

El régimen jurídico de esta última dificultad, empero, la comprensión del sistema de impugnación querido por el legislador. La alusión a «la acción de ineficacia o de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite», a remolque del régimen registral aplicable, con el propósito de garantizar que los actos contrarios a la inscripción no menoscaben la integridad de los bienes y derechos de la masa activa, ha de ponerse en relación con el art. 405.2 TRLC para aclarar su significación.

Este precepto reza: «desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento serán anulables los actos realizados durante la fase de cumplimiento del convenio que supongan contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias y serán

sentencia de aprobación del convenio (...), cuantas modifiquen o las dejen sin efecto, así como cualesquiera otras exigidas por esta ley».

Lo que parece claro, pues, en coherencia con lo expuesto en la nota al pie anterior, es que el contenido esencial de la anotación o inscripción de aprobación del convenio está constituido por la cancelación de las anotaciones precedentes y la publicación del régimen de administración y disposición acordado en el convenio (junto a cualquier otro extremo contenido en el mismo que habilite la salida o gravamen de bienes de la masa, v.gr., la enajenación o gravamen de estos) -en este sentido ya, bajo el régimen de la LC, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 132», cit., p. 2207-.

Ello debe ser completado con lo dispuesto en el 555.1 TRLC: en el mandamiento librado por el letrado de la Administración de Justicia «se expresará el órgano judicial que hubiera dictado la resolución, la fecha y la naturaleza de la resolución, el número de autos y si la correspondiente resolución es o no firme». Aunque inicialmente previsto para mandamientos judiciales, también se considera aplicable el art. 165 RH, en virtud del cual «se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme».

Del mismo modo ocurre respecto a los registros de personas (art. 557 TRLC), siendo objeto de anotación o de inscripción las mismas circunstancias indicadas para los registros de bienes. Junto a lo expuesto, la normativa específica establece lo que sigue. En el registro mercantil, respecto a los sujetos inscribibles en los mismos, la inscripción debe recoger, entre otras, la parte dispositiva de la sentencia aprobatoria del convenio, con expresión del nombre y número del juzgado que la dicta, identidad del juez, fecha de resolución (art. 322.1 RRM), así como el contenido íntegro del convenio, en tanto que repercute en el régimen de representación y responsabilidad del sujeto inscrito (cfr. *ibidem*, p. 2205). Respecto al registro civil, cuando el concursado sea persona física, con la supresión del tradicional sistema de división de este en secciones, operante desde la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, y la instauración de un registro individual para cada persona, será objeto de inscripción en su hoja individual la finalización de los efectos de la declaración de concurso, con transcripción de aquellos extremos del convenio que repercutan en sus facultades de administración y disposición del concursado; asimismo se ha de hacer constar el cese de los administradores concursales y, en su caso, las eventuales facultades que le hubieren sido atribuidas -arts. 5, 40.10º y 72.2 LRC; y arts. 178 y 283 RRC-.

³⁵⁸ Aunque esta acción, según la dicción literal del precepto, «perjudicará a cualquier titular registral» se exige, sin embargo, que la demanda se dirija contra el titular actual del inmueble (art. 40-II LH). De otro modo, no podrá tener acceso al Registro de la Propiedad la resolución judicial estimatoria de la acción ejercitada [arts. 24.1 CE, 20, 38-II y 40-I.d) LH]. En este sentido, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 132», cit., p. 2209. Vid. resoluciones del DGRN indicadas en nota al pie 337.

rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante esa fase si se acreditara la concurrencia de fraude».

Aparentemente se avanza en relación al perfectible art. 137.2 LC³⁵⁹, en tanto que con el mismo se desconocía si el legislador estaba reconociendo el ejercicio de dos acciones de naturaleza distinta, de controvertida definición, o, por el contrario, estatúa una única acción de difícil catalogación. En el régimen vigente, una lectura conjunta de los arts. 321.2, 405.2 y 558.2 TRLC permite inferir la existencia de un régimen dual de accionabilidad, si bien arrastra ciertos defectos del art. 137.2 LC que el texto no clarifica.

En primer término, respecto a la acción «de reintegración de la masa» *ex* art. 558.2 TRLC, menos controvertida, difícilmente el régimen jurídico aplicable puede ser el propio de las acciones de reintegración contenido en los arts. 226 y ss. TRLC³⁶⁰. Aunque la denominación empleada en el segundo inciso del art. 558.2 LC pueda conducirnos a ello³⁶¹, los presupuestos y ámbito de aplicación de una y otra acción son diversos.

Ciertamente ambas acciones persiguen la restitución o devolución de un bien a la masa. Sin embargo, frente a la exigencia de perjuicio en la que halla fundamento la acción de reintegración de los arts. 226 y ss. TRLC, exclusivamente respecto a los actos anteriores a la declaración de concurso y como un efecto propio de esta, la acción del art. 558.2 TRLC descansa en la «concurrencia de fraude» (art. 405.2 *in fine*) en relación a aquellos actos realizados durante el cumplimiento del convenio.

La obligada participación de *consilium fraudis* aleja esta acción de la rescisoria concursal ofreciendo soporte para identificar semejanzas con las «otras acciones (...) de derecho general» a que alude el art. 238.1 TRLC. En efecto, en coherencia con el régimen estipulado ya en la LC, los actos realizados por el deudor que median en el

³⁵⁹ El art. 137.2 *in fine* LC aludía a «la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite».

³⁶⁰ En contra, en relación a la LC, por considerar plenamente aplicable el régimen dispuesto en los arts. 71 y ss. a la acción del art. 137.2 LC, DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal...*, cit., p. 211.

³⁶¹ La expresión empleada es equívoca. Como ya señalara MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., pp. 2253 y 2254, en relación a la LC, también el TRLC, en distintos pasajes (v.gr., asimismo, arts. 208.2 y 428), emplea el término reintegración como sinónimo de restitución o devolución de un bien a la masa, sin la precisión jurídica adecuada. Su empleo sirve para aludir a realidades distintas, con un fundamento jurídico muy dispar.

interregno entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación son susceptibles de impugnación por la vía del art. 238 TRLC. En aplicación de los preceptos que integran el Título III del Libro I TRLC, rehabilitados durante la liquidación *ex* art. 411 TRLC, es razonable que así sea, con plena atribución de la legitimación principal a la administración concursal y, subsidiariamente, a los acreedores (arts. 231 y 232 TRLC). De esta suerte, no resulta admisible el empleo de la acción de reintegración concursal dada su acotación temporal a los dos años anteriores a la declaración de concurso³⁶², pero ningún obstáculo encontramos al eventual ejercicio del resto de acciones que encuentran cobijo en el art. 238 TRLC, y que, al menos textualmente, no se someten a tal plazo.

Junto a este grupo de acciones, según la dicción de los arts. 405.2 y 558.2 TRLC, se acumula una «acción de ineficacia» frente a los actos que impliquen quebrantamiento del convenio o alteración de las reglas de igualdad de trato de acreedores en igualdad de condiciones. En este reconocimiento subyace, empero, una acción de distinta naturaleza, atendiendo a la *causa petendi*: una acción de origen convencional por contravención del convenio³⁶³, y otra de raigambre legal ante el incumplimiento de las reglas de igualdad de trato del concurso de acreedores.

La primera no es, desde luego, una acción de nulidad (arts. 1300 y ss. CC). Si así fuera, procedería forzosamente la denegación de la inscripción del acto de disposición realizado por el deudor ante la conculcación de la limitación, dado el control de calificación de legalidad que corresponde realizar al registrador cuando procede a esta (art. 18-I LH)³⁶⁴.

³⁶² Así fue entendido por la STS (Sala 1ª) 198/2017, de 23 de marzo (Roj: STS 1051/2017) bajo el régimen de la LC que confirma la sentencia de la AP que declaraba impertinente el ejercicio de la acción de reintegración concursal en fase de liquidación respecto a actos realizados por el deudor durante la fase de convenio. Esta acción había sido estimada por el Juzgado Mercantil al entender que la apertura de la fase de liquidación constituye una nueva declaración de concurso y, por tanto, determina el inicio del cómputo de dos años previsto para estas acciones.

³⁶³ Es evidente que esta acción no es renunciable por los acreedores y deudor en el convenio. Aun siendo la limitación a las facultades patrimoniales en el convenio potestativa, está indisolublemente ligada al régimen jurídico diseñado por el legislador. Si ya ocurría así bajo la LC, donde, de constar expresamente tal renuncia en el convenio, el interés general subyacente en la salvaguarda del patrimonio exigía, a nuestro juicio, su desecho (vid. la teleología del art. 19.1 *in fine* LEC), con más razón en el régimen vigente en tanto su ejercicio queda sometido a la rescisión del convenio con decaimiento de su eficacia.

³⁶⁴ Respecto al régimen de la LC, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1506.

No sin dudas, por la vía descrita entendemos que la norma jurídica en la que encuentra apoyo el establecimiento de las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor durante el convenio procura

Tampoco es una acción revocatoria ordinaria o pauliana *ex arts. 1111 y 1291.3º* CC. Siendo el título para la inscripción válido, al menos *ab initio*, podríamos plantearnos si la acción de ineficacia de los arts. 405.2, primer inciso, y 558.2 TRLC es asimilable a aquella. Esta opción debe ser desechada, pues, aunque constituye una acción inmune a la aprobación del convenio, teleológicamente persigue la rescisión de un acto realizado en fraude de acreedores exigiendo, para su estimación, la concurrencia de *eventus damni* (perjuicio al acreedor) y *consilium fraudis* (fraude). Es decir, el fundamento que justifica su ejercicio es distinto al de la acción de los arts. 405.2 y 558.2 TRLC y, por tanto, su asimilación es forzada³⁶⁵.

A mayor abundamiento, por lo expuesto *supra*, tales acciones son incardinables en la acción «de reintegración de la masa» del inciso segundo de los arts. 405.2 y 558.2 TRLC, por lo que forzosamente, en aras a la coherencia del sistema, ha de tratarse de una acción distinta.

A nuestro juicio, atendiendo al fundamento de la acción y al carácter finalista de las medidas limitativas o prohibitivas de las facultades patrimoniales, es clara la similitud del régimen de impugnación previsto en los arts. 405.2 y 558.2 TRLC con el

un efecto distinto al de nulidad para el caso de contravención de aquellas restricciones. De no ser así, la regla general, sin embargo, sería la nulidad de pleno derecho de los actos dispositivos realizados tras la constitución de la prohibición (art. 6.3º CC). Adviértase que, como señala GÓMEZ GÁLLIGO con carácter general, en las prohibiciones voluntarias (también en las legales), a las que -no sin dudas (vid. *supra*)- pueden ser reconducidas las limitaciones del art. 558.2 TRLC, el título de constitución (o la norma jurídica en las legales) puede concebirse con efectos distintos para el caso de contravención. De esta suerte, si la prohibición se arbitra a través de la exigencia de intervención de otro sujeto para la realización del acto dispositivo, el efecto de su transgresión podría configurarse como de mera anulabilidad; ahora bien, si la limitación consiste en la privación absoluta de la facultad de disposición, el efecto forzosamente tiene que ser el de la nulidad absoluta «dada la conformación estructural de la prohibición de disponer, que priva en absoluto de la facultad de disponer» (cfr. *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., p. 205). La consecuencia registral de este razonamiento es lógica: solo cuando se haya configurado la prohibición a través de la exigencia de confirmación de otra persona podrá calificarse la falta como subsanable, determinando una ineficacia registral provisional hasta su eventual confirmación (y pudiendo mantener la prioridad con el asiento inicialmente practicado); cuando la prohibición de disponer es absoluta, en cambio, la falta es insubsanable y, por tanto, la ineficacia registral definitiva. En uno y otro caso, con el carácter subsanable e insubsanable descrito, se produce el cierre registral (cfr. *ibídem*, pp. 205 y 206).

³⁶⁵ En relación al derogado art. 137.2 LC, dejaba la puerta abierta a tal asimilación CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1506, para quien la mera constancia registral de las limitaciones convencionales determina la existencia de fraude. A nuestro modo de ver, sin embargo, bajo el régimen derogado, tal equiparación resultaba forzada en tanto el fundamento que justificaba una y otra acción era distinto. Frente al fraude de la revocatoria ordinaria, la acción del art. 137.2 LC hallaba su razón de ser en la ineficacia del acto realizado durante el cumplimiento del convenio, cuando habían cesado los efectos del concurso, por quien no gozaba de las facultades para ello. Esto es, de no haber sido acordadas tales medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales del deudor en el convenio, era impensable que pudiera prosperar la acción del art. 137.2 LC para impugnar un acto realizado por este sobre la base de aquel perjuicio.

contemplado 109 TRLC. Aun con distinto tratamiento registral y dispar naturaleza de la limitación (legal frente a convencional), el problema que se procura resolver es idéntico, a saber, la declaración de ineficacia de un acto realizado por quien carece de la facultad de disponer con el fin de que el bien sea restituido a la masa³⁶⁶.

Lo que permite la norma es, pues, prolongar los efectos de la declaración de concurso respecto a las facultades de administración y disposición patrimonial por medio del convenio³⁶⁷, de modo que frente a su contravención se disponga de un instrumento de agresión que permita garantizar la conservación de la masa activa³⁶⁸.

Pero el TRLC va más allá: instaura una acción de nuevo cuño ejercitable ante la vulneración de la *par conditio* durante el cumplimiento del convenio, dispar a la prevista ante el quebramiento de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales convencionales.

El régimen jurídico de esta acción es, de igual modo, peculiar. La proximidad a la acción del art. 109 TRLC es remota, tanto su estimación, que exige la prueba del acto que contraviene la *par conditio*, como su dispar acceso registral, evidencian diferencias irreconciliables. Y *a priori*, por el elemento que justifica su reconocimiento, tampoco parece asimilable a la acción de anulabilidad *ex art.* 1301 CC.

³⁶⁶ Tal similitud, en relación al art. 137.2 LC, fue defendida, entre otros, por MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., *passim*, especialmente, p. 2261; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 369; y PAU PEDRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 90 y ss.

³⁶⁷ Para MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2254, de esta manera, la prohibición legal o judicial de administrar y disponer que finaliza con la aprobación judicial del convenio (en realidad, desde que el convenio deviene eficaz) es sustituida por una prohibición de administrar y disponer convencional que también repercute en la eficacia del acto.

³⁶⁸ Nos encontramos ante un supuesto complejo. De considerar que nos hallamos ante una prohibición voluntaria, afirmación controvertida, la contravención de su dictado determina, como regla general, la nulidad del acto dispositivo realizado. Solo en los supuestos de prohibiciones condicionadas a la autorización de un tercero, el efecto de su conculación puede configurarse como de anulabilidad. En esta hipótesis, como ya decíamos, el régimen jurídico aplicable depende, pues, de lo dispuesto en el título de constitución de la prohibición, y, por tanto, de lo acordado por las partes.

El escenario que nos ocupa es distinto. Precisamente porque la fuente de la prohibición está en un convenio (y no en un contrato, como ocurre de ordinario con este tipo de prohibiciones), sometido a un especialísimo régimen jurídico, no puede desconocerse el tenor literal de la Ley. Y atendido el imperativo legal, dispuestas las limitaciones en el convenio *ex art.* 321 TRLC, la acción del art. 558.2 TRLC, a la luz del art. 405.2, parece ser de anulabilidad, si bien con particularidades propias de un régimen extraordinario como el previsto en la LC.

En definitiva, ambas acciones del inciso primero de los arts. 405.2 y 558.2 *in fine* son singulares, con un régimen jurídico propio no equiparable al de otras acciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

En otro orden de ideas, a diferencia del régimen estatuido en el art. 137.2 LC³⁶⁹, es pacífico afirmar que el ejercicio de las acciones de impugnación de los arts. 445.2 y 558.2 TRLC precisa la previa declaración de incumplimiento del convenio. Los arts. 321, 402.2, 405.2 y 558.2 TRLC supeditan tal ejercicio a este hito.

En efecto, el art. 402.2 TRLC dispone que la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales establecidas en el convenio constituye un incumplimiento de este cuya declaración puede ser estimulada por cualquier acreedor; los arts. 321.2 y 558.2 TRLC, reconocen que la inscripción de tales medidas no impide el acceso a los registros de los actos contrarios a las mismas pero perjudicará a cualquier titular registral la sentencia que estime la acción ejercitada y declare la ineficacia del acto; y es el art. 405.2 TRLC el que aclara «desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento serán anulables (...)».

A nuestro modo de ver, esta opción legal es discutible, al menos en relación a las hipótesis de conculcación de las limitaciones convencionales. En efecto, en tanto que el título de inscripción es válido, el acto realizado por el deudor contraviniendo tales limitaciones goza de validez pero resulta inoponible frente a los acreedores³⁷⁰ o frente a la masa del concurso³⁷¹. En rigor, en tanto que el acto es realizado por el deudor sin poder de disposición para ello, no nos hallamos ante un supuesto de incumplimiento contractual, como parece predicar la norma (cfr. 402.2 TRLC), sino de ineficacia y, en consecuencia, de inoponibilidad de lo actuado³⁷².

De este modo, aunque en determinados escenarios la impugnación devendrá imprescindible para garantizar la integridad patrimonial y el cumplimiento del convenio, en otros los acreedores podrán actuar como si el acto de disposición no se

³⁶⁹ En este era controvertido afirmar que el ejercicio de la acción del art. 137.2 LC precisaba la previa declaración de incumplimiento del convenio. Al respecto, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., pp. 1503 y 1505.

³⁷⁰ De esta opinión, ROCA TRÍAS, «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, p. 122.

³⁷¹ En este sentido, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1503.

³⁷² En relación al régimen de la LC, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1503, para quien el régimen estipulado en el precedente art. 137.1 LC no era el más adecuado.

hubiere producido (v.gr., constitución de una nueva garantía)³⁷³. Y, en tales hipótesis, ¿para qué la drástica solución de instar la declaración de incumplimiento del convenio cuando idéntica impugnación podría ser ejercitada, de preverlo la ley, durante su ejecución?³⁷⁴.

Lo que sí facilita este régimen legal, a diferencia del diseñado en la LC, es despejar las dudas en torno a los sujetos que ostentan legitimación para la impugnación de tales actos. Es lógico deducir que declarado judicialmente el incumplimiento y restablecido el régimen de suspensión con los efectos establecidos en el Título III del Libro I (arts. 404, 409.1.5º, 411 y 413.1 TRLC), la legitimación exclusiva recae sobre la administración concursal³⁷⁵. Los acreedores pueden requerir a esta para que se pronuncie acerca del ejercicio de la aludida acción pero no parece que, ante su negativa o silencio en el plazo de dos meses, pueda, en aplicación del art. 232 TRLC, atribuírseles legitimación subsidiaria. Ni siquiera cuando el convenio, desprovisto ya de eficacia, previera dotar a estos del título para su impugnación³⁷⁶.

³⁷³ Como señala PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 196, las consecuencias de la tesis de la inoponibilidad frente a los acreedores es dispar en función del tipo de acto realizado por el deudor. Los acreedores pueden actuar, así, como si el acto no se hubiere producido, cuando, por ejemplo, el tercero pretenda la agresión jurídica de los bienes con apoyo en un derecho adquirido por el deudor (aunque exigirá su oposición). En otras ocasiones, sin embargo, a los acreedores les interesará la impugnación, sin que la mera pasividad (en el sentido de no estimulación) sea suficiente para la conservación del patrimonio.

³⁷⁴ En sentido inverso, respecto al precedente art. 137.1 LC, ya refería CARRASCO PERERA: «¿Por qué habrían los acreedores de pretender la extrema consecuencia de la resolución del art. 140 LC, si pueden recuperar el bien dispuesto o pedir la nulidad del acto de administración o disposición celebrado?» (en «Comentario al artículo 137», cit., p. 1503).

³⁷⁵ Partidaria de esta atribución de legitimación exclusiva tras la declaración judicial de incumplimiento, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2261.

³⁷⁶ Bajo el régimen de la LC, era imaginable el ejercicio de la acción del art. 137.2 LC durante el cumplimiento del convenio, si bien con las incógnitas que ello acarrea en la identificación de los sujetos con legitimación. *A priori*, debíamos atender a lo pactado en él. Esto es, la legitimación podía ser atribuida, entre otros: a la administración concursal, cesada desde la eficacia del convenio (art. 133.2 LC), a menos que se le encomendara algún cometido (art. 133.4 LC); a todos o a algunos de los acreedores; o a un órgano o sujeto distinto encargado de la supervisión del cumplimiento del convenio. En ausencia de previsión, sin embargo, era difícilmente defendible que la «acción de reintegración de la masa» del art. 137.2 LC no pudiera ser ejercitada. En efecto, siendo cierto que los acreedores gozaban de autonomía para, concurriendo las mayorías que exige la Ley (arts. 124 y 125 LC) y respetando los límites legales establecidos (v.gr., arts. 100, 129 y 131 LC), decidir acordar el establecimiento de tales limitaciones patrimoniales, una vez dispuestas estas, desaparecía toda libertad de elección en cuanto al régimen jurídico aplicable. Esto es, bajo la dicción literal del art. 137 LC, los acreedores podían disponer del título de constitución de la prohibición en el convenio, e incluso, gozaba de apoyo legal que puedan atribuirlo, en exclusiva, a un concreto sujeto. Ahora bien, una vez dispuesta la limitación y no atribuida expresamente la legitimación para el ejercicio de la acción, el art. 137.2 LC no contemplaba excepción en el reconocimiento de esta para la impugnación de su contravención por el deudor. Y en este sentido, ante el vacío legal, entendíamos que forzosamente debía ser reconocida legitimación a los beneficiarios de la prohibición dispuesta *ex lege*, es decir, a los acreedores. A favor de tal reconocimiento, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 195. En contra, MARTÍNEZ FLÓREZ,

Finalmente, no hay duda de que, dictado el auto de apertura de la liquidación e implementados sin excepción los efectos asociados al régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor (art. 413.1 TRLC), la contravención de cualquier limitación por el deudor es impugnabile por la administración concursal al amparo del art. 109 TRLC³⁷⁷.

4.2.3. La eficacia *ad extra* de la afección patrimonial respecto a las pretensiones de los acreedores con menoscabo en el patrimonio concursal

a) La eficacia *ad extra* de la afección patrimonial en relación a las ejecuciones judiciales y apremios administrativos

a. Fundamento del régimen legal

La declaración de concurso repercute poderosamente en los procesos ejecutivos y apremios administrativos en trámite o que puedan iniciarse tras el dictado de aquella. La intensidad de la afección provocada por la declaración de concurso sobre los bienes y derechos en aras a garantizar el destino predeterminado por el legislador repercute, pues, en tales ejecuciones y apremios.

Este conjunto normativo se erige en clave de bóveda del propósito preservador querido por el legislador. De habilitarse el inicio o continuación de aquellos procesos, se estaría autorizando el vaciamiento de la masa activa en detrimento de la colectividad de los acreedores y de las reglas que para su satisfacción y reflote de la empresa prevé el TRLC.

«Comentario al art. 137 LC», cit., p. 2263. Atribuían legitimación exclusiva a los acreedores, entre otros, DE BUSTOS, «Comentario al artículo 139», cit., p. 660. En opinión de CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1506, consciente de los problemas que el art. 137.2 LC planteaba en torno a la legitimación, la controversia probablemente debía resolverse sacrificando el derogado art. 72.1 LC a favor del art. 137.1 LC, esto es, atribuyendo la legitimación sobre la base de las «otras» acciones impugnatorias de Derecho común, salvo que en el convenio se hubiera pactado la continuidad de la administración concursal con efectos limitados, uno de los cuales podía ser la habilitación de la legitimación escalonada *ex art.* 72.1 LC.

³⁷⁷ El régimen aplicable es, por tanto, a la vista de lo defendido *supra*, el de anulabilidad. De esta opinión, entre otros, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 198; BELTRÁN SÁNCHEZ/ MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 145», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2340; UCEDA OJEDA, «Comentario al artículo 145», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 683 y 684; SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 145», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1561; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 47. En contra, por considerar aplicable el régimen de nulidad, ROCA TRÍAS, «El concurso del deudor persona física», cit., p. 122 (no así en p. 119, donde defiende que los actos son anulables).

Se trata, por lo demás, de una consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva -EM (III), párrafo 9º LC-, con las modulaciones lógicas respecto a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, cuya prioridad en la ejecución separada se persigue conjugar con reglas especiales que garantizan no comprometer el mejor desarrollo del proceso concursal ni impedir soluciones que puedan ser convenientes para el conjunto de intereses implicados en el concurso -EM (III), párrafos 10º a 14º LC-.

b. La prohibición de inicio o continuación de ejecuciones singulares y apremios administrativos de los arts. 142 a 144 TRLC

i. El ámbito objetivo de la prohibición

La vis atractiva del proceso concursal respecto a las ejecuciones singulares y apremios administrativos encuentra reflejo normativo en los arts. 52.2ª, 142 y 143 TRLC y en el art. 86 ter.1.3º LOPJ.

Los arts. 142 y 143 TRLC contemplan una doble prohibición legal dirigida a garantizar la recta aplicación del singular principio de *par conditio creditorum* patrocinado por el TRLC. Por su parte, los arts. 86 ter.1.3º LOPJ y 52.2ª TRLC aseguran la reunión de tales procesos atribuyendo al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente de las ejecuciones frente a los bienes y derechos que se integran en la masa activa, cualquiera que fuera el tribunal o autoridad administrativa que la hubiera ordenado. Ambas constituyen previsiones dirigidas a evitar el desmembramiento del patrimonio concursal.

La doble prohibición contenida en los arts. 142 y 143 TRLC se concreta en la imposibilidad de iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni apremios administrativos, incluidos los tributarios, contra los bienes o derechos de la masa activa desde la declaración de concurso (art. 142 TRLC), y en la suspensión de las actuaciones y procedimientos ejecutivos o de apremio que se hallaran en tramitación desde la referida declaración (art. 143.1 TRLC).

El ámbito objetivo sobre el que recaen ambas prohibiciones es exhaustivo. Se extiende a cualquier ejecución singular, al margen del carácter judicial o extrajudicial que ostente, y a todo apremio administrativo, con independencia de la entidad apremiante (Agencia Tributaria o Tesorería General de la Seguridad Social).

Sin embargo, el TRLC establece algunas excepciones. Según el tenor del art. 144, quedan fuera del alcance de las descritas prohibiciones las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes o derechos del concursado y los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo³⁷⁸, siempre que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor³⁷⁹ y, en todo caso, su embargo o dictado se produjera con anterioridad a la fecha de declaración de concurso (art. 144.1 TRLC³⁸⁰). Asimismo, como veremos, se instaura un régimen jurídico distinto respecto a la ejecución o realización forzosa instada por acreedores con garantía real y otras acciones asimiladas (arts. 145 a 151 TRLC).

³⁷⁸ De cumplirse las condiciones del art. 144.1 TRLC, la continuación de las actuaciones ejecutivas en curso debe seguir ante la misma autoridad administrativa y órgano jurisdiccional laboral que hubiera dictado la diligencia de embargo o el embargo de los bienes. Así lo había entendido ya la jurisprudencia bajo la LC con apoyo en la ausencia de acomodo procedimental y el tenor del derogado art. 24.4-II LC. Sobre la cuestión nos pronunciaremos más adelante.

³⁷⁹ La determinación de qué bienes deben ser considerados necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, dada la ausencia de previsión legal, no es pacífica jurisprudencialmente. La dificultad de su concreción radica en que «por ser contingente y variable, no puede ser determinado en abstracto, sin atender los hechos o incluso las circunstancias del caso concreto individualizado» -SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 253/2008, de 9 de mayo (Roj: SAP Z 1592/2008)-. Parece lógico entender, como señalara el AJM nº 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 372), que hay considerar como bien necesario aquel que resulte preciso para el fin al que se dedica el concursado, de forma tal que si se prescinde de él no es posible alcanzarlo: «sin olvidar que al ser la ejecución separada una excepción, debe ser interpretada de forma estricta y por ende, debe entenderse en un sentido amplio la necesidad, pero sin que pueda serlo de manera tal que devenga una norma superflua». Lo que es claro es que sin viabilidad empresarial no puede ser defendida la necesidad del bien para su continuación -entre otras, AAP de Barcelona (Sección 15ª) 208/2015, de 25 de noviembre (Roj: AAP B 1577/2015)-. Es también controvertido determinar si el dinero puede ser incluido entre los bienes necesarios -a favor, cuando de ello depende la continuidad del negocio, AAP Barcelona (Sección 11ª) 56/2007, de 26 de febrero (Roj: AAP B 1203/2007), AJM nº 2 de Barcelona sin número nº recurso 526/2010, de 6 de octubre (Roj: AJM 10/2010), sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 1/2013, de 25 de febrero (Roj: STS 966/2013) y 9/2013, de 1 de octubre (Roj: STS 5013/2013), SJM nº 2 de Bilbao 2010/2015, de 30 de julio (Roj: SJM BI 3218/2015) y AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 88/2016, de 5 de mayo (Roj: AAP IB 6/2016), que amplía a los derechos de crédito devengados por el ejercicio de la actividad; en contra, AJM nº 1 Bilbao, de 22 de mayo (AC 2008, 1152)-. A nuestro juicio, en tanto el dinero se reputa imprescindible para continuar en el tráfico económico y empresarial debe ser considerado como bien necesario, con suspensión de la ejecución prevista en el art. 144.1 TRLC -parece sostener esta opinión, en relación al derogado art. 55.1-II LC, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 55 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 638; también AYALA GARRIDO, «Entre los privilegios de la Administración Pública y la “vis atractiva” del proceso concursal», *Anales de Derecho*, vol. 36, nº 1, 2018, pp. 19 y 20-. Expresamente en contra al entender que no procede la suspensión de un embargo administrativo que recae sobre dinero, aunque este haya sido declarado bien necesario, SAP Sevilla 350/2014, de 10 de junio (SAP SE 2290/2014). A su criterio, si así se permitiera, en tanto que el dinero desaparecería, se estaría contrariando el derogado art. 55.3 *in fine* LC (actual art. 143.2 TRLC) -que prohíbe el levantamiento de los embargos administrativos decretados con anterioridad a la declaración de concurso-

³⁸⁰ La ubicación sistemática de esta excepción en el TRLC se corrige, con acierto, respecto a la LC (art. 55.1-II), que era criticada, con plena justificación, por aparecer junto a la regla general de prohibición de inicio de ejecuciones y apremios del art. 55.1-I LC, y no en el art. 55.2 LC, dedicado precisamente a las ejecuciones y apremios en trámite. En este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», cit., p. 573, y BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 55», cit., p. 1029.

Aunque no aparezca expresamente contemplado en el art. 144 TRLC, tampoco se hallan afectadas por la prohibición las ejecuciones ejercitadas por los titulares de créditos con privilegios sobre buques y aeronaves (art. 241.1 TRLC), siempre que la ejecución se inicie en el plazo de un año desde la fecha de declaración de concurso (art. 241.2 TRLC)³⁸¹.

De igual modo, por su carácter real, no tendente a procurar la efectividad de derecho de crédito alguno, no opera la referida prohibición respecto a la ejecución de las sentencias de desahucio en arrendamientos urbanos, a las que se resulta de aplicación, por el contrario, el art. 168 TRLC³⁸²; tampoco en lo que hace a la ejecución de la

³⁸¹ Siguiendo el tenor del art. 241.2 TRLC, si la ejecución separada no se hubiere iniciado en tal plazo, ya no podrá efectuarse y la clasificación de estos créditos se regirá por lo dispuesto en el TRLC.

A nuestro juicio, esta ejecución separada se debe sustanciar ante el juez del concurso, dentro del cauce concursal, si bien mediante «el procedimiento correspondiente». De esta opinión, respecto al derogado art. 76.3 LC, HERRERO PEREZAGUA, «La competencia del juez del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 190. En contra, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2447; y ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 76», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 927, que atribuye competencia, respecto a los buques, al Juez de lo Mercantil, en aplicación del art. 87 ter.2.c) LOPJ, con “jurisdicción” (sic) en el puerto en el que se encuentre el buque (art. 584 CCom/1885; actualmente derogado por Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima: sería pues aplicable el art. 469 de esta Ley), y, respecto a las aeronaves, al Juez de Primera Instancia al que las partes se hubieran sometido en la escritura de constitución de la hipoteca, o, en su defecto, el del partido judicial donde ésta hubiere sido inscrita (art. 684.1.3º LEC; juez competente para ejecutar la hipoteca mobiliaria). En este sentido, también, MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 41, mayo, 2017, p. 1563, si bien entienden que, una vez abierta la fase de liquidación, sin haber instado la ejecución separada y aunque no hubiera transcurrido el año a que alude el precepto, los titulares de estos créditos privilegiados pierden el beneficio procesal reconocido y el juez competente es el del concurso. A su juicio esto es así porque, en puridad, no se trata de un derecho de separación (solo predicable respecto a bienes que no son propiedad del deudor) sino de una exclusión al principio de universalidad del concurso que rige bajo las limitaciones establecidas en la norma concursal, sean expresas (limitación temporal de un año para su ejercicio ex art. 76.3-II LC -actual art. 241.2 TRLC-) o generales (competencia exclusiva del juez concursal para conocer de las ejecuciones iniciadas durante la fase de liquidación concursal).

³⁸² Vid. AJM nº 2 de Madrid de 30 de noviembre de 2004 (AC 2005, 147): «La de desahucio es una acción mixta que, sobre la base de una pretensión resolutoria de carácter personal fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los contratantes, aspira a brindar al demandante la recuperación de la posesión de la cosa arrendada, lo que hace que, especialmente en la fase ejecutiva, la pretensión adquiera una dimensión eminentemente -por no decir exclusivamente- real. De ahí que no le resulte aplicable la regla suspensoria del art. 55.2 y sí, en cambio, la única norma especial que, en relación con los arrendamientos, contiene la LCon, esto es, la norma prevista en el art. 70». De este modo, si la administración concursal no ejercita la facultad para rehabilitar la vigencia del contrato de que le dota el art. 168 TRLC -de idéntico tenor al derogado art. 70 LC- («hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento»), la ejecución deberá seguir sustanciándose ante el juzgado originalmente competente, este es, el que resolvió el contrato de arrendamiento urbano, sin suspensión alguna. Como exponía el AAP de Madrid (Sección 28ª) 158/2009, de 25 de septiembre (Roj: AAP M 12209/2009): «Entendemos de mayor peso las razones que sustentan la atribución al Juez de Primera Instancia de la competencia para conocer de la ejecución del desahucio, puesto que ya se habría zanjado judicialmente que el contrato de arrendamiento está resuelto (o, en su caso, declarada la expiración de su plazo de vigencia) y con ello extinguido el derecho de uso que incumbía en el pasado al arrendatario

resolución jurisdiccional que eventualmente reconociera el derecho de separación de un bien de propiedad ajena en poder del concursado (art. 239 TRLC)³⁸³, ni en lo atinente a la ejecución de la resolución que acuerda la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente respecto a los bienes que no deban responder de obligaciones del concursado (art. 125.1 y 2 TRLC)³⁸⁴.

sometido a concurso. Si, con independencia de la situación de hecho, ya no le asiste al concursado el derecho a poseerlo, la mera restitución de un bien ajeno a la masa activa del concurso no requiere la intervención del juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justifica (artículo 8.3º de la LC, en relación con el artículo 86 ter,1.3º de la LOPJ) ante ejecuciones que puedan afectar a bienes y derechos que integren o puedan integrarse en el patrimonio del concursado. Tampoco se infringiría la prohibición de inicio de ejecuciones singulares que prevé el artículo 55 de la LC, pues tratándose, tan solo, de ejecutar el lanzamiento respecto de un bien ajeno a la propiedad del concursado no se estaría actuando, como antes hemos explicado, contra ningún elemento que forme parte de su patrimonio. Por el contrario, forzar la innecesaria actuación del arrendador en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución del inmueble, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia cuando el debate judicial ya está agotado, pues se le avocaría (sic) a la realización de nuevos trámites procesales, ahora en sede concursal, como el procedimiento de separación del artículo 80 LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ordena la restitución del bien ajeno». En este sentido, entre otras, SAP de Barcelona (Sección 15ª) 439/2006, de 22 de noviembre (Roj: AAP B 6172/2006), SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 383/2011, de 17 de junio (Roj: SAP Z 1685/2011), AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 203/2011, de 15 de diciembre (Roj: AAP PO 1795/2011), AAP de Barcelona (Sección 4ª) 46/2017, de 14 de febrero (Roj: AAP B 1425/2017), y SAP de Valencia (Sección 7ª) 38/2019, de 11 de febrero (Roj: AAP V 271/2019).

³⁸³ El pronunciamiento jurisdiccional sobre la titularidad del derecho será dictada por el juez del concurso o por un juez distinto en función del momento en que se instó tal tutela judicial y se declaró el concurso (cfr. art. 137 TRLC). Con todo, declarado el concurso, aun pendiente el declarativo ante otro órgano jurisdiccional, la administración concursal podría reconocer al actor el derecho de separación al amparo del art. 239.1 TRLC, con terminación del proceso de declaración *ex art. 22 LEC* (en este sentido, en relación a la LC, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 145). De no ser reconocido tal derecho, la eventual sentencia estimatoria que se dicte por el órgano jurisdiccional podrá ser ejecutada por él mismo con entrega del bien (art. 141 TRLC). Declarado el concurso sin concurrir proceso en trámite, la denegación del requerimiento de entrega del bien por la administración concursal es susceptible de impugnación por el propietario a través del incidente concursal (art. 239.2 TRLC) del que conoce el juez del concurso. En este último caso, la ejecución de una eventual tutela estimatoria debe ser competencia del mismo juez concursal.

³⁸⁴ El procedimiento de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales o cualquier otro régimen de comunidad de bienes solo está contemplado, en situación de concurso de acreedores, para el supuesto en que los bienes comunes hayan de responder de las deudas. Constituye un proceso liquidatorio autónomo, regido por normas y cauces propios (arts. 1396 y ss. CC y 806 y ss. LEC), que se tramitará generalmente en pieza separada. La competencia para conocer de la liquidación recae sobre el juez del concurso si así lo hubiere solicitado el cónyuge del concursado tras la declaración de concurso. Cuestión distinta acontece en los supuestos en los que el proceso hubiere sido iniciado antes de la declaración de concurso y siguiera en trámite o hubiere sido solicitado por una causa distinta a la contemplada en el TRLC. Siguiendo a ORDUÑA/PLAZA, en uno y otro caso está justificado sostener que la competencia pertenece al juez concursal. En el primero, el juez del concurso podrá, tras la declaración, reclamar la competencia y control del procedimiento liquidatorio del régimen económico matrimonial; en el segundo, siempre que concurra la circunstancia de concurrencia de bienes que hayan de responder de las deudas, puede requerirse, del mismo modo, aquella. La absorción y dirección de la liquidación evitará posibles fraudes -en «Comentario al artículo 77», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1413-. No obstante, la ausencia de un precepto que, en estos supuestos, disponga tal pérdida de competencia del juez originario (art. 807 LEC) ante la declaración de concurso puede complicar su reclamación. La acumulación se regirá por lo dispuesto en los arts. 98, 75, 76 LEC, y, en caso de no aceptación de la acumulación por el tribunal requerido, resolverá el tribunal inmediato superior común a ambos (art. 93 LEC). Si la sociedad de

Finalmente, escapan al ámbito objetivo de la prohibición, de un lado, las ejecuciones judiciales o administrativas para hacer efectivos créditos contra la masa en los términos del art. 248 TRLC -esto es, hasta la fecha de eficacia del convenio-, y, de otro, las ejecuciones de los privilegios especiales, distintos a las garantías reales (art. 270.3º TRLC), según lo dispuesto en los arts. 209 y ss. TRLC, y de los privilegios generales desde que el convenio deviene eficaz, siempre que, unos y otros, no estén sometidos al convenio (arts. 397 y 398 TRLC).

Los acreedores afectados por el tenor de los arts. 142 y 143 TRLC no padecen indefensión. La tutela de sus créditos pasa a sustanciarse conjuntamente recibiendo el «tratamiento concursal que corresponda». Esta previsión, contemplada para las ejecuciones y apremios que se hallan en tramitación (art. 143.1 TRLC), se extiende también a los procesos no iniciados (art. 142 TRLC)³⁸⁵. Unos y otros integrarán la lista de acreedores en aplicación del art. 260.1 TRLC y serán clasificados según el carácter que le reconozca la Ley (arts. 269 y ss. TRLC).

Esta expresión del art. 143.1 TRLC no debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que las ejecuciones pendientes vayan a ser objeto de acumulación al proceso concursal³⁸⁶; tampoco archivadas o sobreseídas³⁸⁷. Junto a los preceptos referidos del TRLC, coadyuva a tal tratamiento el régimen jurídico contemplado en la LEC (art. 568.2)³⁸⁸.

gananciales o de cualquier otro régimen de comunidad de bienes hubiese sido liquidada con carácter previo a la declaración, parece lógico entender que, tras la constitución de la nueva situación jurídica, cualquier extremo relacionado con su ejecución corresponda al juez originario.

³⁸⁵ En este sentido, respecto a la LC, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», cit., p. 571.

³⁸⁶ Así ocurría en el régimen precedente de quiebra (art. 1379 LEC/1881) y antiguo concurso de acreedores (art. 1173.3º LEC/1881). No, en cambio, en la suspensión de pagos que optaba por la suspensión de las ejecuciones (art. 9-IV y V LSP).

³⁸⁷ Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ, la relación entre los procesos singulares y el concurso no es de absorción o integración de aquellos en el proceso concursal sino de incompatibilidad y exclusión, con paralización de las ejecuciones ya iniciadas y subordinación a la actuación de la responsabilidad patrimonial universal en el concurso [en «Ejecución separada (La)», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 1263, y «Embargo», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1284 y 1285].

³⁸⁸ En efecto, según el dictado del art. 568.2 LEC: «El letrado de la administración de justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración de concurso». Ahora bien, pese a que, según este precepto, la suspensión ante el órgano jurisdiccional civil se produce desde conste tal declaración, en realidad, tal suspensión deviene efectiva desde el mismo momento en el que se dicta el auto, que produce sus efectos de inmediato (art. 32 TRLC). No gozarán de validez, en consecuencia, las actuaciones subsiguientes a la declaración de concurso realizadas por el órgano jurisdiccional civil. Como es sabido, el criterio fijado en el TRLC, siendo ley especial, prevalece sobre el establecido en la LEC, ley general.

Se podría pensar, pues, que la suspensión de tales ejecuciones determina, como efecto inmediato, «la plena integración de los bienes objeto de apremio en la masa activa del concurso, libres de cargas, y la pérdida de cualquier preferencia de la Administración ejecutante sobre esos bienes»³⁸⁹.

Esta, empero, es una regla que encuentra notadas excepciones una vez aprobado el convenio. Además, contraría el tenor del art. 143.2 TRLC, que reconoce indirectamente la subsistencia de la preferencia y prohíbe expresamente el levantamiento y cancelación de aquellos embargos administrativos que hubieran sido trabados. En sentido técnico, por tanto, no es correcto hablar de pérdida de la preferencia, sino de suspensión de la misma.

- ii. La jurisdicción y competencia del juez del concurso en relación a las ejecuciones singulares (excluidas las garantías reales) y apremios administrativos

En esta materia, la atribución competencial exclusiva al juez concursal constituye una destacada garantía al servicio del interés del concurso.

Le corresponde así determinar qué bienes resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor respecto a las ejecuciones laborales y apremios administrativos existentes en el momento de declarar el concurso en los términos del art. 144.1 TRLC. Expresamente se descarta que tal encomienda pueda

En el orden jurisdiccional social, el art. 248.3 LJS remite expresamente a la Ley Concursal *-rectius*, TRLC- respecto a «las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios e indemnizaciones por despido que les puedan ser adeudados» (asimismo vid. art. 32.5 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores); para el resto, en tanto que el TRLC no limita la ejecución laboral a concretos procesos, es de aplicación la LEC (DF 4^a). Por su parte, en el orden contencioso-administrativo, nada contiene al respecto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) si bien son válidas las reflexiones realizadas respecto al orden civil, dado el carácter supletorio de la LEC (DF 1^a).

Respecto a los órganos administrativos, no encontramos en la LGSS una referencia expresa a la suspensión del procedimiento administrativo una vez declarado el concurso, pero sí una remisión a la legislación concursal en lo que se refiere a los créditos de la Seguridad Social (art. 25-II). En la LGT, en cambio, el art. 164.1, dedicado a la concurrencia de procedimientos, prevé expresamente: «en caso de concurrencia del procedimiento de apremio para la recaudación de los tributos con otros procedimientos de ejecución (...) la preferencia para la ejecución de los bienes trabados en el procedimiento vendrá determinada con arreglo a las siguientes reglas: (...) 2º. Cuando concurra con otros procesos o procedimientos concursales o universales de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente para la ejecución de los bienes o derechos embargados en el mismo, siempre que el embargo acordado en el mismo se hubiera efectuado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso».

³⁸⁹ Cfr. AAP de Barcelona (Sección 15^a) 208/2015, de 25 de noviembre (Roj: AAP B 1577/2015) y AAP de Islas Baleares (Sección 5^a) 88/2016, de 5 de mayo (Roj: AAP IB 6/2016).

corresponder al órgano administrativo que dictó la diligencia de embargo o al órgano jurisdiccional laboral embargante de los bienes³⁹⁰.

A nuestro parecer, teniendo en cuenta la atribución competencial expansiva del juez del concurso respecto a todas las cuestiones relativas al patrimonio concursal, era ya obligado que así se reconociera en la redacción originaria de la LC (arts. 8 y 9 LC y 86 ter LOPJ). Adviértase que el impacto de la decisión en el devenir del concurso y en la integridad de la propia masa activa no es baladí. Además, resultaba desmedido entender que el mismo órgano administrativo, titular del crédito cuya satisfacción se procuraba con la ejecución, pudiera resolver, a su vez, sobre el carácter necesario del bien cuyo embargo interesa.

El principio de universalidad y el poder del órgano jurisdiccional se manifiesta, asimismo, en la facultad de acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando su mantenimiento dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 143.2 TRLC), y en la posibilidad de

³⁹⁰ En la LC, la atribución terminante de esta tarea al juez concursal se introdujo por vez primera en el art. 56.5 LC con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, modificada posteriormente por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo. Esta constituyó una reforma necesaria dada la problemática generada en torno a su atribución. En la doctrina, respecto a la redacción originaria, la mayoría de autores entendía que tal declaración competía al juez del concurso (MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», cit., pp. 577-578), aunque también encontramos otros (RIBELLES, «Comentario al artículo 155», cit., p. 298), que sostenían que debía ser el órgano administrativo o el órgano jurisdiccional laboral quien determinara tal carácter.

En la jurisprudencia, aunque la cuestión no era completamente pacífica -así, por ejemplo, AJM nº 1 Álava de 28 de enero de 2005 (AC 2006, 301): «no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores excepcionalmente exentos del concurso»-, era generalmente admitido que tal decisión correspondía al Juez del concurso -entre otras, respecto al órgano administrativo ejecutante, a favor, vid. SAP de Córdoba (Sección 1ª) 154/2015, de 29 de marzo (Roj: SAP CO 117/2016)-. De este modo lo interpretó la Sala de Conflictos de Competencia del TS del art. 42 LOPJ ante conflictos entre juez laboral ejecutante y juez concursal -entre otras, vid. auto 7/2010, de 22 de marzo (Roj: ATS 3592/2010), *obiter dicta*; en contra, si bien por entender aplicable el régimen de quiebra, ATS (Sala 1ª) 8/2006, de 24 de marzo (Roj: ATS 3637/2006)- y por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del art. 38 LOPJ ante conflictos entre administración ejecutante y juez concursal -entre otras, vid. las sentencias 4/2005, de 19 de octubre (Roj: STS 8389/2005); 10/2006, de 22 de diciembre (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006); 5/2009, de 22 de junio (Roj: STS 4664/2009); 13/2012, de 11 de diciembre (Roj: STS 9078/2012); 1/2013, de 25 de febrero (Roj: STS 966/2013); 9/2013, de 1 de octubre (publicada en BOE nº 266, de 6 de noviembre de 2013, pp. 89341 a 89347-. En este sentido también, entre otras, la RDGRN de 7 de junio de 2010 (BOE nº 192, de 9 de agosto de 2010, pp. 69560 a 69563).

En el primer encuentro de los jueces de la especialidad mercantil celebrado en Valencia (9 y 10 de diciembre, 2004): <http://www.codigo-civil.net/archivado/archives/446> (consultado, por última vez, 18 de marzo de 2020), se reconocía este casi unánime parecer aunque atribuyendo a la administración concursal un destacado papel. Proponían que fuera la administración concursal quien, dado el conocimiento de que dispone sobre la actividad empresarial o profesional del deudor, instara al juez del concurso para que requiriera al juez de lo social o a la autoridad administrativa que no continuasen la ejecución sobre dichos bienes por ostentar carácter necesario; también referían que podía plantearse cuestión prejudicial mercantil al juez laboral (art. 4.1 LJS), de modo que, dada su naturaleza devolutiva y suspensiva, decidiera el juez del concurso.

adoptar cualesquiera otras medidas cautelares en relación al patrimonio concursal (art. 86 ter.1 4º LOPJ y 54 TRLC)³⁹¹. E incluso con la atribución del conocimiento, a los solos efectos prejudiciales, de las cuestiones civiles (con excepción de las recogidas en los arts. 52 a 54 TRLC), administrativas y laborales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal (art. 55.1 TRLC).

En definitiva, ello supone reconocer al juez concursal una competencia extraordinaria en detrimento de la Administración³⁹² y de sus homónimos de otros órdenes jurisdiccionales en todas las cuestiones relacionadas con el patrimonio objeto de responsabilidad.

En este sentido, es generalmente admitido que el juez que debe conocer del concurso es el juez ordinario predeterminado por la Ley *ex* art. 24.2 CE. Cualquier excepción a su jurisdicción o competencia debe interpretarse, por tanto, de manera restrictiva³⁹³. Pero también se ha argumentado, en el inverso, que la referida atribución sobrevenida de jurisdicción puede implicar un desplazamiento de los órganos primariamente competentes (así, en las ejecuciones en trámite), y, por ende, una

³⁹¹ Vid. auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia (art. 42 LOPJ) del TS 2/2019, de 19 de febrero (Roj: ATS 1962/2019), en el que se declara competente el juez del concurso para ordenar el levantamiento de un bloqueo de cuentas que había sido decretado por un juzgado de instrucción con el fin de garantizar la eventual condena a la concursada para la indemnización de daños y perjuicios. Así se entendía en aplicación de los arts. 86 ter.1.3º y 4º LOPJ y 189.2 LC; precepto este último que reconocía, respecto a la jurisdicción penal, que es competencia del juez concursal «adoptar las medidas de retención de pagos a los acreedores inculpados u otras análogas que permitan continuar la tramitación del procedimiento concursal, siempre que no hagan imposible la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de la eventual condena penal». Declarado el concurso, y no concurriendo excepción amparable en el derogado art. 55 LC (actual art. 144 TRLC), el eventual crédito por responsabilidad civil contra el deudor concursado que se llegara a declarar en una sentencia penal no podía sustraerse a las reglas del concurso de acreedores (el perjudicado por el delito no tenía mejor derecho para el cobro que el resto de los acreedores del concurso ni su crédito gozaba de ningún privilegio -arts. 270 y 280 TRLC-). En conclusión, desde la declaración de concurso no cabía, pues, que ningún tribunal distinto del juez del concurso adoptase medidas cautelares que afectasen a la masa activa en los términos del art. 86 ter.1 4º LC.

Con idéntico razonamiento, vid. auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia (art. 42 LOPJ) del TS nº recurso 6/2019, de 11 de octubre (Roj: ATS 10565/2019), en relación a la competencia del juez concursal para el alzamiento de medidas de embargo adoptadas contra el patrimonio de la concursada por un juez de instrucción.

Con todo, respecto al derogado art. 189.2 LC, el vigente TRLC proporciona un régimen jurídico más claro y completo en su art. 520.

³⁹² En este sentido, sentencias 10/2006, de 22 de diciembre, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006), 13/2012, de 11 de diciembre (STS 9078/2012) y 9/2013, de 1 de octubre (Roj: STS 5013/2013) del mismo Tribunal.

³⁹³ Vid. AAP de Madrid (Sección 10ª) 243/2011, de 5 de octubre (Roj: AAP M 13808/2011) y AAP de Granada (Sección 3ª) 115/2010, de 9 de julio (Roj: AAP GR 805/2010).

excepción al principio de improrrogabilidad que no debe ser objeto de interpretación extensiva³⁹⁴.

Los principales límites a la jurisdicción del juez concursal en materia ejecutiva proceden del privilegio procesal de ejecución separada que el legislador entendió justificado instaurar en la LC de 2003³⁹⁵. Este reconocimiento, como veremos, arrastra en la práctica destacados problemas dada la quiebra que produce en el sistema de privilegios y clasificación crediticia instaurado tras la declaración de concurso.

Antes de adentrarnos en ellos, a la vista del art. 144.1 TRLC, resulta oportuno acotar, aun someramente, el ámbito jurisdiccional y competencial del juez del concurso tanto en relación a la Administración Pública como en relación a los órganos jurisdiccionales del ámbito laboral.

En lo que afecta a la Administración Pública, la primera observación reseñable atiende a la imposibilidad del juez concursal de reemplazar a aquella en el ejercicio de competencias propias o absorber potestades puramente administrativas (v.gr., liquidaciones de IVA o resolución de contratos o concesiones administrativas)³⁹⁶.

³⁹⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 3/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2808/2013), 7/2013, de 17 de junio (Roj: STS 4065/2013) y 3/2017, de 12 de julio (Roj: STS 3100/2017).

³⁹⁵ Debemos manifestar serios reparos a tal privilegio procesal (actual 144.1 TRLC; derogado art. 55.1-II LC). Más adecuada sería la redacción, en cualquiera de sus fórmulas, que proponían el art. 15 del Anteproyecto de LC de 1983, los arts. 65 y 66 de la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 o el art. 54 LC del Anteproyecto de LC de 2000. En ninguno de ellos se reconocía privilegio procesal alguno de ejecución separada (más allá del relativo a privilegios sobre buques y aeronaves: art. 299 en el texto de 1983 y art. 75.3 en el de 2000), reconduciendo al proceso concursal el ejercicio de cualquier preferencia crediticia. Quedaba, de este modo, garantizado el escrupuloso respeto al sistema de privilegios y clasificación fijado en la norma concursal.

El privilegio procesal es contemplado, por vez primera, en el art. 54.1-II LC del Anteproyecto de LC de 7 de septiembre de 2001 respecto a los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de declaración del concurso. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, aunque en el Congreso de los Diputados no se consiguieron aprobar las enmiendas que pretendían equiparar las ejecuciones laborales a los procedimientos administrativos de ejecución (vid. enmiendas 73 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y 172 y 203 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002, nº 101-15, pp. 119, 152 y 164), finalmente se consiguió su aprobación en el Senado -vid. enmienda 39 del Grupo Parlamentario Mixto, BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 9 de mayo de 2003, nº 120 (c), p. 104-.

³⁹⁶ Entre otras, vid. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 7/2013, de 17 de junio (Roj: STS 4065/2013), para la que las liquidaciones de IVA giradas por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a la entidad concursada tras la declaración de concurso constituyen atribuciones que el ordenamiento jurídico confiere a dicha Administración, y, por tanto, no suponen vulneración de la jurisdicción del juez concursal. Y ello sin perjuicio de que la clasificación de los créditos dimanantes de las referidas liquidaciones corresponda al juez del concurso.

Asimismo, vid. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 1/2017, de 9 de mayo (Roj: STS 2005/2017), que *obiter dicta*, al resolver sobre las posibilidades de compensación ex art. 58 LC

Así se ha planteado ante nuestros tribunales, con cierta frecuencia, en relación a la declaración de nulidad de los embargos y resto de actos administrativos acordados tras la declaración de concurso. Según doctrina jurisprudencial consolidada, es pacífico entender que la competencia para declarar tal nulidad -al amparo del art. 47.1.g) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en conexión con los arts. 86 ter LOPJ y 52 y ss. y 142 y ss. TRLC- corresponde al órgano administrativo que hubiera trabado el embargo o dictado el acto (arts. 47 y 106 Ley 39/2015, 216 y 217 LGT, 4 a 6 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento de revisión en vía administrativa, y 46 y 47 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social -en adelante, RGSS-); no, por tanto, al juez del concurso³⁹⁷. En caso contrario, se arguye, se superarían los límites de la jurisdicción (arts. 21 y 86 ter LOPJ) con invasión de la potestad administrativa³⁹⁸.

La relación entre el juez del concurso y la Administración no es sencilla. Frente a la vis atractiva y expansión competencial del primero encontramos enfrentado el privilegio de autotutela de la segunda. Y en la pugna entre ambas prerrogativas, justificadas en el interés público que subyace en la actuación de ambos, el segundo cede a favor de la primera.

(actualmente regulado en el 153 TRLC) de un Ayuntamiento -que, por cierto, niega-, reconoce a este las potestades sobre la liquidación de una concesión, su rescate y la asunción, en su caso, de la explotación; competencias que le corresponden en aplicación de los arts. 266 y ss. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -en adelante, LCSP-. Y, de igual modo, respecto a la facultad de resolución de contratos administrativos (arts. 223 y ss. LCSP), vid. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 3/2017, de 12 de julio (Roj: STS 3100/2017). De interés sobre la materia, vid. Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 3/2016, de 5 de diciembre (Roj: STS 5371/2016).

³⁹⁷ En este sentido, Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 2/2014, de 31 de marzo (Roj: STS 1758/2014) y 3/2014, de 26 de junio (Roj: STS 2851/2014), que, además, entienden no aplicable al respecto el art. 9 LC (actual art. 55 TRLC). Asimismo, entre otras, AJM nº 1 de Alicante 73/2011, de 9 de marzo (Roj: AJM A 3/2011), SAP de Álava (Sección 1ª) 488/2010, de 27 de octubre (Roj: SAP VI 573/2010), AJM nº 12 de Madrid 380/2014, de 31 de julio (Roj: AJM M 807/2014), AJM nº 12 de Madrid 409/2014, de 15 de septiembre (Roj: AJM M 1116/2014) y STS 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015). En contra, entre otras, SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 263/2008, de 24 de abril (Roj: SAP PO 1384/2008) al confirmar la nulidad ordenada por el Juez de lo Mercantil de una subasta realizada por la TGSS, AAP de Córdoba (Sección 5ª) 13/2010, de 19 de febrero (Roj: AAP CO 1/2010) que confirma la nulidad ordenada por el Juez de Primera Instancia, con competencias en materia mercantil, de varias providencias de apremio dictadas por la TGSS.

³⁹⁸ Cfr. SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 263/2008, de 24 de abril (Roj: SAP PO 1384/2008).

El impacto de la declaración de concurso en los procedimientos de apremio en trámite evidencia esta cesión. Según jurisprudencia afianzada ³⁹⁹, el órgano administrativo debe suspender el apremio y dirigirse al órgano jurisdiccional a fin de que decida si los bienes o derechos específicos sobre los que se pretende hacer efectivo el apremio son o no necesarios para la continuación de la actividad del deudor⁴⁰⁰. Si la declaración judicial es negativa, la Administración recupera en toda su integridad las facultades de ejecución⁴⁰¹. Si, por el contrario, es positiva, pierde su competencia, con plena aplicación del art. 143 TRLC y sanción de nulidad en caso de contravención⁴⁰².

De no acontecer así, el juez del concurso, de oficio o a instancia de parte (administración concursal), deberá realizar el oportuno requerimiento inhibitorio (art. 9 Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales), que, de no ser

³⁹⁹ Como refiere la sentencia 10/2006, de 22 de diciembre, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006): «en las situaciones de concurso, el interés público, expresado en la normativa concursal, es el de mantener la continuidad de la actividad del deudor. A ese interés básico y fundamental, han de supeditarse ciertos privilegios, y también el de autotutela. Por eso, cuando en un procedimiento de ejecución administrativo un concreto bien o derecho es necesario para la continuación de la actividad del deudor, el privilegio de autotutela administrativa ha de ceder y sujetarse a las reglas del concurso, en los términos previstos en la legislación concursal, como de modo expreso proclama el citado artículo 164.2 de la LGT (...)». En este mismo sentido, sentencia 13/2012, de 11 de diciembre (STS 9078/2012) y 9/2013, de 1 de octubre (Roj: STS 5013/2013) del mismo Tribunal.

⁴⁰⁰ En sentencia 9/2007, de 6 de noviembre (Roj: STS 9047/2007) del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se reconoce expresamente la posibilidad de que la TGSS pueda proceder al embargo de bienes tras la declaración de concurso con carácter exclusivamente cautelar, quedando la cuantía embargada a plena disposición del Juez a los efectos de la realización de la masa del concurso. En este sentido, sentencia 4/2008, de 19 de diciembre (Roj: STS 7427/2008) del mismo Tribunal. Nótese que el art. 50.2 RGSS, junto a los art. 142 a 144 TRLC, imposibilitaría el embargo ejecutivo pero no el cautelar: «Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se seguirá el procedimiento recaudatorio establecido en este reglamento hasta la notificación de dicha providencia, cuando proceda, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultas de lo que se acuerde en el procedimiento concursal». Cuestión distinta es la facultad del juez del concurso para acordar la suspensión de tales medidas cuando supongan un perjuicio para la adecuada tramitación del concurso, con posibilidad de requerimiento para el levantamiento de las mismas (art. 54.2 TRLC).

⁴⁰¹ Le corresponderá, por tanto, a la Administración llegar hasta el final, haciéndose pago con el producto de la subasta (a excepción de que concurra la circunstancia del nuevo art. 144.3 TRLC). No debe detenerse, pues, en un estadio anterior al de la realización de los bienes. Así lo entendió ya la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 2/2010, de 18 de octubre (Roj: STS 5637/2010), respecto a la ejecución separada de un embargo anterior a la declaración de concurso realizado por la TGSS y en el que concurría una implícita admisión de no necesidad de los bienes muebles controvertidos para la continuidad de la empresa. Este reconocimiento halla plasmación legal actualmente en el art. 144.2 TRLC.

Con carácter general, empero, es necesario un pronunciamiento jurisdiccional expreso sobre la condición de no necesarios de los bienes para la actividad profesional o empresarial del deudor *ex art. 144.1 TRLC*. Previamente a su reflejo en el TRLC, este criterio quedó fijado en sentencias del mismo Tribunal 10/2006, de 22 de diciembre (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006), 2/2008, de 3 de julio (Roj: STS 4451/2008), sentencia 5/2009, de 22 de junio (Roj: STS 4464/2009), 1/2013, de 25 de febrero (Roj: STS 966/2013) y 9/2013, de 1 de octubre (Roj: STS 5013/2013).

⁴⁰² Cfr. Sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 10/2006, de 22 de diciembre (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006), 2/2008, de 3 de julio (Roj: STS 4451/2008), 2/2010, de 18 de octubre (Roj: STS 5637/2010), 13/2012, de 11 de diciembre (STS 9078/2012).

aceptado, abocará el asunto al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. Se ha descartado abiertamente la posibilidad de que la administración concursal pueda instar directamente la nulidad ante el juez del concurso y que este la conceda en atención a la jurisdicción atribuida⁴⁰³.

Otro tanto acontece en los conflictos surgidos en las ejecuciones iniciadas por los órganos de la jurisdicción laboral.

La improrrogabilidad de su jurisdicción en la ejecución de las decisiones por ellos acordadas (arts. 9.6 LOPJ y 237 LJS) queda *a priori* laminada con la declaración de concurso, en aplicación de los arts. 86 ter LOPJ y 52 y ss. y 142 y ss. TRLC, que constituyen criterio especial, y, por tanto, al ser de igual rango normativo, resultan de aplicación preferente⁴⁰⁴.

Sin embargo, este criterio, como ya hemos descrito, concurre a su vez con otra norma específica para un supuesto concreto: el art. 144.1 TRLC. Esta resulta de aplicación prioritaria siempre que el bien o derecho objeto de embargo por el órgano jurisdiccional laboral no sea «necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor»⁴⁰⁵.

La especialidad introducida por la norma específica constituye un destacado obstáculo, fundamentalmente, dada la interpretación realizada por nuestros tribunales, a la competencia general del juez concursal. El respeto de la excepción a su favor exige, según esta exégesis, que, junto al embargo previo de tales bienes, concorra una real necesidad objetiva para la pervivencia de la actividad empresarial, sin que proceda su

⁴⁰³ Cfr. SAP de Álava (Sección 1ª) 488/2010, de 27 de octubre (Roj: SAP VI 573/2010), AJM nº 12 de Madrid 380/2014, de 31 de julio (Roj: AJM M 807/2014) y AJM nº 12 de Madrid 409/2014, de 15 de septiembre (Roj: AJM M 1116/2014).

⁴⁰⁴ Así se constata, entre otros, en el auto 7/2012, de 16 de marzo, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS (Roj: ATS 2955/2012) que declara la competencia del juez del concurso, en un conflicto negativo de competencia en el que el juez concursal negaba esta sobre la base de los arts. 55 LC y 545 LEC. La *ratio decidendi* se asienta sobre un elemento temporal (la ejecución había sido instada con posterioridad a la declaración de concurso) y sobre el carácter estrictamente patrimonial de la ejecución (condena a la empresa al abono de determinadas cantidades en concepto de indemnización y de salarios de tramitación por despido improcedente). En estos supuestos, como señala la resolución, se ha de declarar improcedente la ejecución instada, dando al crédito que pretende ser ejecutado el tratamiento concursal que corresponde de acuerdo a su naturaleza.

⁴⁰⁵ De lo contrario, procederá declarar la competencia del juez concursal. En este sentido, entre otros muchos, vid. auto 7/2010, de 22 de marzo Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS (Roj: ATS 3592/2010) que declara la competencia del juez del concurso al constatar que se cumplían los dos requisitos legales exigidos para ello: a) continuidad en la actividad profesional de la concursada; b) los bienes embargados habían sido declarados como necesarios por el juez del concurso para el desarrollo de tal actividad.

ampliación con apoyo en otros argumentos -v.gr., consecución de la enajenación de la unidad productiva como un todo-. La concurrencia de tal característica ha de ser, pues, efectiva, no siendo suficiente la mera declaración jurisdiccional por parte del juez concursal, al menos respecto a los órganos de la jurisdicción social. Sostener otro criterio, sin respaldo normativo supone desnaturalizar y restringir indebidamente la posibilidad legal reconocida a favor de los órganos jurisdiccionales laborales en el art. 144 TRLC⁴⁰⁶.

En definitiva, en tales hipótesis, se reconoce la competencia de los órganos de la jurisdicción social para continuar las ejecuciones.

- iii. La (controvertida) cesión a la competencia del juez del concurso para conocer de las ejecuciones *ex art. 144.1 TRLC* y durante la vigencia del convenio

Junto a lo expuesto, bajo el régimen de 2003, a tenor de los arts. 86 ter.1 LOPJ y 8.3º LC y la ausencia de excepciones, cabía inferir que el juez del concurso gozaba de competencia exclusiva y excluyente para conocer de las ejecuciones nuevas o que se reanudaran durante el periodo de cumplimiento del convenio. No lo entendía, en cambio, nuestra jurisprudencia, y así parece haberse proyectado en el sistema vigente (art. 52.2º TRLC)⁴⁰⁷.

De este modo, una vez aprobado el convenio, respecto a los créditos de carácter privilegiado no sujetos al mismo (art. 397 y 398 TRLC), pueden iniciarse ejecuciones a

⁴⁰⁶ Vid. auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS 29/2014, de 5 de diciembre (Roj: ATS 8312/2014) en el que se declara la competencia del juzgado de lo social para continuar con la ejecución, aun concurriendo declaración jurisdiccional de necesidad en relación con la continuidad de la actividad empresarial del juez concursal, al constatar el TS que no existía tal realidad: ya se había producido el cierre definitivo del negocio y dado de baja a todos los trabajadores en la Seguridad Social. En el asunto resuelto en auto 59/2009, 2 de abril, de la misma Sala (Roj: ATS 5960/2009), se declara igualmente la competencia del juzgado de lo social al haber cesado totalmente la actividad de la concursada, ya en liquidación. En ambos casos, no existiendo continuidad en la actividad empresarial no puede cumplirse el requisito de necesidad de los bienes para el desarrollo de la misma. Esta misma posibilidad, en cambio, es negada a la TGSS en sentencia 5/2009, de 22 de junio (Roj: STS 4464/2009) del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en la que se reconoce que, pese haber sido dados de baja en la Seguridad Social a todos los trabajadores de la empresa, no es posible proceder a la ejecución paralela de los bienes sin el previo pronunciamiento judicial acerca de la vinculación de estos con la continuidad de la empresa.

⁴⁰⁷ Entre otras resoluciones, vid. sentencia 8/2014, de 6 de octubre del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Roj: STS 4008/2014); auto 12/2015, de 29 de septiembre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS (Roj: ATS 7769/2015); STS (Sala 1ª) 237/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2612/2013), 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014) y 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015).

cargo de cualesquiera órganos jurisdiccionales y órganos administrativos; asimismo, en la línea de lo apuntado, ser continuadas ejecuciones por parte de órganos jurisdiccionales laborales y órganos administrativos al amparo y con las condiciones del art. 144 TRLC.

Respecto a la primera cuestión, lo realmente controvertido es que, desde tal aprobación y hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, el órgano jurisdiccional deja de ostentar competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor *ex arts. 86 ter.1 LOPJ y 52 TRLC*, ya sean estas declarativas⁴⁰⁸ o ejecutivas, y con indiferencia del orden jurisdiccional de donde procedan. Para fundamentar este criterio nuestro TS aducía dos argumentos, que, en puridad, pueden ser reconducidos a uno.

De un lado se afirmaba que, con la aprobación del convenio y adquisición de su eficacia, cesan todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, establezca el propio convenio. De otro, asimismo, refería: «lo establecido en el art. 143.2 en relación con el art. 141.3 y 4 *-rectius arts. 140 y 143.1-*, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el Título III de la Ley que dispone el art. 147, permite concluir que el juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los arts. 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio»⁴⁰⁹; afirmación que hacía extensible al art. 55 LC por hallarse bajo la misma

⁴⁰⁸ Así se viene interpretando respecto a las acciones declarativas ejercitadas desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio, «lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial precisamente a través del convenio». En este sentido, vid. autos con nº recurso 164/2011, de 24 de enero (Roj: ATS 460/2012) y con nº recurso 5/2012, de 10 de julio (Roj: ATS 7682/2012) del TS (Sala 1ª). De igual modo, auto nº recurso 178/2011, de 14 de mayo (Roj: ATS 5365/2012) del TS (Sala 1ª) que añade: «todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso, quedará afectado por éste, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio prevista en el art. 143.1 de la Ley 22/2003».

⁴⁰⁹ El contenido entre guiones es nuestro.

rúbrica “De los efectos sobre las acciones individuales”, Título III “De los efectos de la declaración de concurso”⁴¹⁰.

Siendo una cuestión controvertida, no desconocemos las bondades de la descentralización competencial a la que propende nuestra norma concursal. Especialmente, la necesaria descarga material de los juzgados concursales o, en relación a las ejecuciones ya iniciadas, el aludido respeto a la *perpetuatio iurisdictionis*, la eficiencia del proceso con evitación del traslado de actuaciones o los gastos ya asumidos por el instante de ejecución.

Sin embargo, en el lado opuesto, el reconocimiento legal de esta línea argumental puede ser discutido con apoyo en los siguientes motivos.

En primer lugar, el rango prioritario de la atribución de competencia dispuesto en el art. 86 ter.1.3º LOPJ y su inequívoca dicción -«toda ejecución...cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado»- no ha sido objeto de reforma. A la luz de su tenor, la competencia del juez del concurso no cesa en ningún momento, desde la declaración de concurso y hasta su conclusión (arts. 465 y ss. TRLC), e impide distinguir entre ejecuciones ordenadas antes o después de la apertura del concurso⁴¹¹. Y resulta evidente que cualquier limitación a tal atribución de carácter orgánico exigiría previsión expresa de igual rango.

Siendo así las cosas, el descrito criterio competencial fijado en el art. 144.1 TRLC (y reforzado en el art. 37.2 TRLC) devendría inaplicable por hallarse contemplado en una ley ordinaria. A salvo queda que la excepción se entendiera circunscrita a las normas de procedimiento, de sustanciación de las actuaciones ya incoadas, sin incidencia en la determinación competencial⁴¹². Y no parece que así -exclusivamente- se haya entendido.

En segundo lugar, es equívoca la afirmación de que la eficacia del convenio determina el cese de todos los efectos de la declaración de concurso (art. 394 TRLC).

⁴¹⁰ Cfr. auto 12/2015, de 29 de septiembre, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS (Roj: ATS 7769/2015) que reproduce, respecto a las acciones del art. 50 LC (actual art. 136 TRLC), lo sentado por auto nº recurso 164/2011, de 24 de enero (Roj: ATS 460/2012) del TS (Sala 1ª).

⁴¹¹ Respecto a la LC, de esta opinión, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 69 y 70, y HERRERO PEREZAGUA, «La competencia del juez del concurso», cit., pp. 190 y 191.

⁴¹² En relación a la LC, cfr. HERRERO PEREZAGUA, «La competencia del juez del concurso», cit., p. 190.

En rigor, como ya apuntamos *supra*, ni el cese es total ni la sustitución que predica tal precepto es completa.

Pero, al margen de ello, en lo que ahora importa, era erróneo el razonamiento que interrelacionaba el cese de los efectos de la declaración de concurso durante la vigencia del convenio con la pérdida de competencias del juez concursal que atañen a las acciones y procedimientos con trascendencia patrimonial. Más allá del rango normativo descrito, por su ubicación sistemática podían verse afectados los arts. 50 y 55 LC, pero, en ningún caso, el art. 8 LC⁴¹³.

El TRLC ha corregido, empero, este punto: a la nueva redacción del art. 52.2^a acompaña una salvedad -«sin más excepciones que las previstas en esta ley»-, en orden a asegurar la aplicación de los art. 142 a 151 TRLC y, conocida la línea jurisprudencial del TS, las ejecuciones de créditos privilegiados no sujetos al convenio que se insten durante su vigencia.

No estamos convencidos de que este criterio sea el más adecuado, con exclusión de la competencia del juez del concurso de todas las ejecuciones frente a los bienes y derechos que integran la masa activa.

Como ya expusimos *supra*, si la sujeción patrimonial al poder del órgano jurisdiccional no debe decaer durante el cumplimiento del convenio, tampoco ha de hacerlo la competencia para conocer de la eventual tutela patrimonial que pudiera reputarse precisa⁴¹⁴. Algunas realidades aconsejan lo expuesto.

⁴¹³ Ello permitía salvar el argumento esgrimido en las sentencias 2/2014, de 31 de marzo (Roj: STS 1758/2014) y 3/2014, de 26 de junio (Roj: STS 2851/2014) del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, en virtud del cual la expresión «en los términos previstos en su Ley reguladora» del art. 86 ter.1 era válido para excepcionar el mandato contenido, sin matices, en su apartado 3º -«En todo caso, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) 3º. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado»-. Ahora bien, dado el art. 8.3º LC, de idéntico tenor al art. 86 ter.1.3º- ubicado fuera del Título III -“De los efectos de la declaración de concurso”-, no concurrían argumentos para entender este inaplicable.

⁴¹⁴ Exhibición de esta sujeción y control del patrimonio por parte del juez concursal se observa en el carácter vinculante de la declaración jurisdiccional de bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor dictada por el juez del concurso (arts. 144.1, 146 y 147.1 TRLC). Ahora bien, la efectividad de la declaración goza de un impacto relevante que decae, respecto a las garantías reales y acciones asimiladas, con la eficacia del convenio, deviniendo atacables los bienes afectados por ella, a menos que se hubiera producido la apertura de la liquidación (cfr. art. 149 TRLC) o ejercitado la opción a que alude el art. 430.2 TRLC.

Bajo la LC, resultaba controvertido esclarecer si suspendida una ejecución por haber sido determinado el carácter necesario de un bien para la actividad profesional o empresarial del deudor, era posible, posteriormente, durante la sustanciación del proceso, discutir nuevamente tal carácter por el

En primer lugar, la tutela cautelar que pudiera estimarse necesaria una vez es ejercitada acción de rescisión del convenio por cualquier acreedor vinculado a este (arts. 402.1 y 403.1 TRLC). En estas hipótesis, interpuesta la demanda, la pretensión es sustanciada ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (art. 402.2 y 3 TRLC).

En cambio, nada prevé el TRLC, más allá de la posibilidad de establecer medidas prohibitivas o limitativas a las facultades de administración y disposición en el convenio (arts. 321 y 394 TRLC), en torno a la adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar, durante la nueva situación y hasta la resolución de la tutela solicitada, que la acción de incumplimiento, de ser estimada, pueda producir sus normales efectos⁴¹⁵.

La ausencia de previsión en el TRLC y la posibilidad de instaurar las aludidas medidas a las facultades patrimoniales en el convenio (arts. 321 y 394 TRLC), no determina que, en caso de ausencia de estas, el patrimonio quede sin control. En tales escenarios o, en general, cuando las prevenciones convenidas puedan resultar insuficientes para impedir conductas del concursado que pongan en peligro la efectividad de la eventual apertura de la liquidación, es lógico sostener que la tutela cautelar a cargo del juez del concurso es procedente en aplicación supletoria de la LEC⁴¹⁶.

acreedor beneficiario del embargo. De tal suerte que, de ser declarada su no necesidad, pudiera reiniciarse la ejecución del bien embargado y rehabilitarse tal preferencia. Una vez aprobado el plan de liquidación, no era posible, dada la existencia de una prohibición legal expresa de continuación de ejecuciones (art. 55.1-II LC) -en este sentido, entre otras, SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 263/2008, de 24 de abril (Roj: SAP PO 1384/2008), AAP de Sevilla (Sección 5ª) 196/2012, de 27 de noviembre (Roj: AAP SE 3607/2012); AAP de Córdoba (Sección 3ª) 115/2013, de 25 de octubre (Roj: AAP CO 44/2013); AJM nº 6 Madrid, de 2 de septiembre (Roj: AJM M 60/2014); AAP de Córdoba (Sección 3ª) 108/2013, de 8 de octubre (Roj: AAP CO 43/2013); en contra, AAP de Cádiz (Sección 5ª) 114/2016, de 24 de junio (Roj: AAP CA 148/2016, si bien entendiendo que el montante conseguido en la ejecución separada queda vinculado al concurso)-. Sin embargo, no era tan evidente que así fuera si tal opción se planteaba antes de la referida aprobación. El TRLC resuelve esta cuestión, al menos en sede de ejecución de garantías reales, al reconocer al titular del derecho real la posibilidad de plantear nueva solicitud para que se declare el carácter no necesario del bien (art. 147.3). Bajo la LC, ya de este criterio, sin perjuicio de las eventuales tercerías de mejor derecho que se pudieran formular, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», cit., p. 578); en la jurisprudencia, a favor, AAP de Barcelona (Sección 15ª) 101/2009, de 15 de mayo (Roj: AAP B 4341/2009).

⁴¹⁵ Vid., respecto a la LC, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 134. Vid. nota al pie 290.

⁴¹⁶ Cfr. ibidem, p. 135.

No se trata de contrariar o desconocer la eficacia de lo pactado⁴¹⁷ sino de garantizar la salvaguarda del patrimonio concursal sobre el que recae la responsabilidad patrimonial del deudor y se extiende el poder del órgano jurisdiccional.

De igual modo en relación a la tutela cautelar, resultaría muy discutible sostener que, desde la vigencia del convenio, se produce la extinción de las medidas cautelares adoptadas, con carácter previo, por el juez del concurso⁴¹⁸. E inevitablemente esta idea habría de ser barajada si el juez concursal deja de conocer de los procedimientos con trascendencia para el patrimonio, incluidas las medidas cautelares.

En ambos supuestos de hecho, en tanto que referidos a la tutela cautelar, el argumento esgrimido por la jurisprudencia bajo la LC era también aplicable: lo que servía para privar de virtualidad al art. 8.1.3º LC lo era para hacerlo respecto al art. 8.1.4º LC. En rigor, advertían, aquella tesis era predicable para todos los incisos del art. 8 LC.

En este punto, el TRLC no prevé ninguna novedad. A diferencia de lo que se contempla respecto a las ejecuciones *ex art. 52.2ª*, en materia de medidas cautelares no se instaura excepción alguna. El juez del concurso conserva la competencia para su adopción (art. 54.1), pudiendo acordar la suspensión o levantamiento de las medidas adoptadas por otros tribunales u órganos administrativos (art. 54.2).

En segundo lugar, el manifestado criterio competencial puede ser desatinado y comprometedor a los fines del concurso. La satisfacción de los acreedores, integrados o no en la masa pasiva del concurso (art. 251 TRLC), a cargo de los bienes y derechos de la masa activa (art. 192 LC), no puede escapar al control del juez investido con jurisdicción para ello (arts. 86 ter LOPJ).

⁴¹⁷ Como señala ORTELLS RAMOS: «En cuanto se hallen establecidos, el juez deberá tenerlos presentes para adoptar -normalmente en sentido denegatorio- decisiones de dirección procesal en el procedimiento cautelar -excluyen la urgencia y la necesidad, a los efectos de los arts. 730.2 y 733 LECiv-, e, incluso, una resolución desestimatoria de la tutela cautelar pedida, por falta del presupuesto de *periculum in mora* (art. 728.1 LECiv)». Ahora bien, en cuanto no existan o resulten insuficientes, es precisa la referida tutela cautelar, sin que lo previsto en el art. 728.1-II LEC pueda obstaculizar su adopción. Nótese que el sometimiento al convenio ya determina una situación de riesgo, consentida o no (cfr. arts. 376 y ss. y 396 y ss. TRLC), que hace discutible la aplicación del art. 728.1-II LEC a tales supuestos (vid., «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 135).

⁴¹⁸ En este sentido, ORTELLS RAMOS, «Concurso de acreedores y tutela...», cit., p. 140, para quien los argumentos a favor de la extinción de las medidas cautelares fundados en el derogado art. 136 LC (actual 398), son contrarrestados por lo previsto en los arts. 140.4 y 143.1.5º LC -actuales arts. 404 y 409.1.5º TRLC-.

La ordenación y coordinación de tal satisfacción no debe limitarse, por tanto, a la clasificación y prelación de los créditos, sino que igualmente se debe ocupar de la ejecución y realización de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio concursal, facilitando el conocimiento por parte de los acreedores y evitando el desmembramiento patrimonial. Solo así es posible asegurar, en caso de rescisión del convenio, la recta aplicación del *sui generis* principio de *par conditio creditorum* diseñado por el legislador.

Un método alejado de las necesidades de unidad y concentración⁴¹⁹ frustra el propósito de garantía de la integridad patrimonial a la que se dirige el concurso para la posterior satisfacción de la responsabilidad patrimonial universal, sea por la vía del convenio sea de la liquidación, según los criterios fijados en la norma concursal.

Las ejecuciones separadas y no armonizadas con el discurrir concursal a cargo de órganos administrativos o de órganos jurisdiccionales distintos al concursal constituyen una destacada amenaza a la aspiración descrita y el menoscabo del patrimonio concursal puede resultar irreparable. Señaladamente, durante la vigencia del convenio, donde se flexibilizó jurisprudencialmente su agresión separada bajo la LC⁴²⁰, y en el régimen vigente en aplicación del TRLC.

⁴¹⁹ Respecto al régimen anterior a 2003, vid. STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1967 [RJ 1967, 4164].

⁴²⁰ El sistema propugnado por el TS e instaurado en el TRLC promueve, como hemos visto, un tratamiento misceláneo de las ejecuciones durante la vigencia del convenio, con los problemas de descoordinación que ello acarrea. De un lado, sobre los bienes no necesarios, se habilita, con carácter general, las ejecuciones separadas por parte de cualquier órgano administrativo o juez de cualquier orden jurisdiccional en los términos del art. 144 TRLC, así como la ejecución de las garantías reales y las acciones de recuperación asimiladas sobre bienes no necesarios (art. 145 a 151 TRLC). De otro, respecto a los bienes necesarios se paralizan las ejecuciones (art. 143 TRLC), con asunción por el juez del concurso de aquellas relativas a las garantías reales y a las acciones de recuperación asimiladas sobre tales bienes (art. 145 a 151 TRLC). La competencia del juez del concurso se extiende a la enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial (art. 209 y ss. TRLC), a la enajenación de unidades productivas (arts. 215 a 225 TRLC), y a la ejecución de los créditos contra la masa -art. 248 TRLC; autorizaban tal ejecución separada, respecto al art. 84.4 LC: STS 237/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2612/2013), 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014), 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015)-.

Respecto al art. 84.4 LC, llama poderosamente la atención el tratamiento de la ejecución de los créditos contra la masa a la luz de la interpretación que realizaba nuestra jurisprudencia. Según las STS 237/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2612/2013), 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014), 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015), el único escenario posible en el que se admitía una ejecución separada de créditos contra la masa (en los tres asuntos, por parte de la TGSS) era durante la vigencia del convenio. Sorprende la afirmación porque el art. 84.4 LC parecía dotar a tales ejecuciones del mismo tratamiento al margen del elemento temporal; así, se reconocía la ejecución separada desde «que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos». Sobre la cuestión, vid. SENÉS MOTILLA, «La pérdida del derecho a la ejecución separada de la garantía real tras la apertura de la fase de liquidación»,

El yerro en que incurre esta opción legislativa es situar al patrimonio concursal en una posición de mayor desprotección, fuera del alcance del juez concursal, tanto en las excepciones del art. 144 TRLC como en relación al convenio cuando se procede a su rescisión.

El argumento, esgrimido a favor de la tesis de la descentralización, de que el impago de los créditos, consecuencia de las ejecuciones separadas, provoca la aludida rescisión y la apertura de la liquidación (arts. 402 y ss. TRLC), es llamativamente débil desde el momento en que las ejecuciones, de alcanzar su propósito, pueden vaciar el patrimonio de manera irreversible⁴²¹, y hacer inaplicable preceptos que, procurando satisfacer los créditos más perentorios, debieran resultar de igual aplicación a la fase de convenio como de liquidación (arts. 248 y 250 TRLC)⁴²².

De igual modo, la ausencia de concordancia entre los privilegios procesales que reconoce el art. 144.1 TRLC y los privilegios sustantivos que estipula el TRLC puede facilitar el vaciamiento del patrimonio con alteración de las reglas de satisfacción crediticia que instaura el concurso⁴²³. Y, en este escenario, las tercerías de mejor

Anuario de Derecho Concursal, nº 42, 2017, pp. 12 y ss. (versión digital), y nota al pie 432 de esta memoria.

⁴²¹ Los mecanismos predispuestos por el TRLC pueden favorecer la restauración de la situación previa respecto a los actos realizados por el deudor (cfr. art. 405.2), pero esta previsión no alcanza a las ejecuciones finalizadas, aun cuando impliquen una alteración del principio de igualdad de trato de los acreedores que se hallan en igualdad de circunstancias.

⁴²² El referido argumento aparece en la STS 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014) respecto a los arts. 84.4 y 176 bis.2 LC, reproducido después en STS 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015), y sobre su base se justifica el art. 176 bis.2 LC (actuales arts. 249 y 250 TRLC), que tiene virtualidad ante la insuficiencia de bienes en liquidación pero no durante la vigencia del convenio.

El art. 249 TRLC dispone que «en cuanto conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas», debiendo la administración concursal proceder al pago de los créditos contra la masa según el orden establecido legalmente en el art. 250. Dado el momento en el que, generalmente, se constatará la situación de insuficiencia patrimonial, esto es, en los primeros instantes tras la declaración de concurso, el precepto parece estar destinado a la fase común. Igualmente, por qué no, vista la encomienda a la administración concursal, si se diera el caso, a la fase de liquidación. Pero, ¿qué ocurre si como consecuencia de una ejecución separada durante la vigencia del convenio este queda sin masa activa o con masa insuficiente para el pago de los créditos contra la masa? En tales hipótesis, y una vez ya ha sido vaciado el patrimonio, parece que solo es posible esperar a que, de un lado, se rescinda el convenio por incumplimiento del mismo (art. 402 y 403 TRLC) y posterior apertura de oficio de la liquidación (art. 409.5º TRLC), o, de otro, se solicite su apertura a instancia del deudor, acreedor o administración concursal en los términos de los arts. 406 a 408 TRLC. De resultar la masa activa insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, los arts. 249 y 250 TRLC podrían ser, solo entonces, aplicados.

⁴²³ Adviértase que el privilegio procesal reconocido en la LC (art. 144.1 TRLC) no se compadece rectamente con el privilegio sustantivo que, posteriormente, es contemplado legalmente respecto a tales créditos en el concurso (v.gr., arts. 270 y ss., 280 y 281 TRLC) -en este sentido, vid. SAP Barcelona (Sección 15ª) 82/2008, de 10 de marzo (Roj: SAP B 4878/2008)-. De esta suerte, créditos que gozan de privilegio procesal en ejecuciones laborales y administrativas para su preferente cobro no reciben idéntico

derecho que se pudieran ejercitar (cfr. art. 144.2 TRLC)⁴²⁴ se reputan instrumentos insuficientes e inaceptables desde el punto de vista de la filosofía del proceso concursal,

tratamiento sustantivo. Así ocurre en las ejecuciones laborales respecto a cuyos créditos, total o parcialmente, puede o no darse tal carácter privilegiado (vid. arts. 270.3º y 280.1º TRLC); asimismo en las ejecuciones administrativas respecto a los créditos de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que pueden ostentar carácter privilegiado general absoluto (art. 280.2º y 5º TRLC), limitado a un porcentaje de su cuantía (art. 280.4º TRLC), o, incluso, carácter subordinado (art. 281.3º y 4º TRLC).

Tal privilegio procesal conlleva pues no pocos problemas atendida la alteración en las reglas de pago que estipulan los arts. 429 a 440 TRLC y que priorizan la amortización de los créditos contra la masa (prededucibles *ex art.* 429 TRLC), a excepción de los créditos con privilegio especial respecto a los bienes y derechos afectos a su pago (art. 430.1 TRLC) y hasta su cuantía (art. 433.2 TRLC: la parte no satisfecha tiene la clasificación de crédito ordinario, salvo que tengan la consideración de subordinado). En estos supuestos, los acreedores que sean preferentes atendiendo a la clasificación del TRLC y las reglas de satisfacción por esta estipulada podrán hacer valer su preferencia a través de las tercerías de mejor derecho que correspondan (vid. art. 165.3 y 5 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en procedimientos de apremios sustanciados por la Hacienda Pública -en adelante, LGT-; art. 39 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en apremios administrativos de la Tesorería General de la Seguridad -en adelante, LGSS-; y art. 275 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en las ejecuciones laborales sustanciadas ante el órgano de la jurisdicción social competente -en adelante, LJS-) con la particularidad de que las cuantías que se obtengan ingresarán en la masa activa -en este sentido, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 55», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1034 y 1035; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 578; y, RIBELLES, «Comentario al artículo 155», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 297 y 298; en la jurisprudencia, entre otras, SJM nº 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 372)-.

⁴²⁴ En este sentido, refería la STS (Sala 1ª) 319/2018, de 30 de mayo (Roj: STS 2014/2018): «Es muy importante advertir que el derecho de ejecución separada del concurso que se contiene en el párrafo segundo del art. 55.1 LC no comporta ninguna preferencia de cobro. En aquellas ejecuciones, ya sean judiciales laborales o administrativas, después de la declaración de concurso sigue operando el orden de prelación de créditos concursal, el derivado de la clasificación de créditos. Eso sí, la administración concursal debe hacerlo valer a través de la correspondiente tercería de mejor derecho, que se resolverá con arreglo a las normas concursales». Este criterio es continuado en la STS (Sala 1ª) 90/2019, de 13 de febrero (Roj: STS 388/2019).

Esta línea jurisprudencial es la que haya reflejo en el actual art. 144.2 TRLC: «El dinero obtenido con la ejecución se destinará al pago del crédito que hubiera dado lugar a la misma y el sobrante se integrará en la masa activa. No obstante, si en tercería de mejor derecho ejercitada por la administración concursal se determinase la existencia de créditos concursales con preferencia de cobro, el importe obtenido al que alcance esa preferencia se pondrá a disposición del concurso».

CARRASCO PERERA ha puntualizado que nos hallamos ante un absurdo innecesario creado por el legislador: «¿Cómo y por qué va ejercitar la administración concursal una tercería de mejor derecho? (...) lo sustantivo es que, aunque la ejecución se prolongara de forma que ya hubieran sido devengados créditos contra la masa, su preferencia no se puede hacer valer por medio de una tercería de mejor derecho. Conforme al artículo 614.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercerista ha de probar la preferencia de su crédito. Pero la administración concursal no tiene un crédito específico que priorizar, sino todos los créditos futuros, que no habrán nacido aún al momento del embargo, y que no se pueden cuantificar» (en «Las tercerías en las ejecuciones extraconcursoales. Un absurdo innecesario creado por el Texto Refundido de la Ley Concursal», Gómez-Acebo & Pombo, disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/las-tercerias-en-las-ejecuciones-extraconcursoales-un-absurdo-innecesario-creado-por-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal/> (consultado, por última vez, el 20 de mayo de 2021). Discrepamos de este parecer. Desde el embargo y hasta el dies *ad quem* (art. 615 LEC), la administración concursal puede hacer valer un crédito preferente. Y lo normal es que así acontezca, salvo embargos de dinero, saldos de cuentas corrientes o divisas convertibles, con entrega directa al ejecutante.

A pesar de lo expuesto, convenimos con CARRASCO en que la regla general debería ser la contraria: la totalidad de los fondos se han de integrar en la masa activa, a menos que conste el carácter privilegiado del ejecutante. Piénsese en ejecuciones muy avanzadas al momento de la declaración de concurso. Aunque no sea el supuesto más habitual, es probable que los créditos prioritarios aparezcan una

que debe imponer y garantizar, sin excepción, la aplicación del principio de comunidad de pérdidas o de justicia distributiva en la satisfacción de los acreedores, en detrimento de la justicia conmutativa, de la guerra del todos contra todos, o del principio de *prior in tempore potior in iure*.

En ambos casos, la atribución de competencia al juez del concurso no asegura la integridad del patrimonio pero, al menos, sí facilita su control con la participación de los acreedores, el deudor y la administración concursal en defensa del interés de la masa y protección de la *par conditio*.

En tercer lugar, una mayor coordinación y eficacia del sistema favorece la idea de que cualquier ejecución, desde la declaración de concurso, y, lógicamente, durante el cumplimiento del convenio, se sustancie ante el juez del concurso⁴²⁵. Nótese que el juez sigue ostentando la competencia para la sustanciación de los incidentes en curso y la ejecución de su resolución, cuestión que se extiende a la administración concursal que conserva: «plena legitimación para continuar los incidentes en curso así como para actuar en la sección sexta, con facultades para solicitar la ejecución provisional o definitiva de las sentencias que se dicten en esos incidentes y de la sentencia de

vez cobrado el crédito, con inadmisión de la demanda de tercería (art. 615.2 LEC). En este sentido, siendo la regla general otra, deberían ser los acreedores con preferencia lo que hicieran valer las tercerías de mejor derecho en aquellos procesos cuyo montante se va a integrar en la masa. Y es que, con la realidad expuesta, se complica en exceso el panorama en tanto podremos hallar ejecuciones administrativas o laborales *ex art.* 144.1 TRLC frente a las que se hagan valer distintas tercerías (de la administración concursal y de acreedores preferentes).

A lo anterior, se suma una paradójica situación: la estimación de la tercería genera un crédito contra la masa (las tres quintas partes de las costas causadas durante la ejecución hasta el momento en que recaiga la sentencia -cfr. art. 620.2 LEC-) que impide entregar a la administración concursal la cantidad procedente de la ejecución hasta su abono. Este argumento ha de ser igualmente valorado en orden a repensar el sistema que erróneamente instaura el TRLC.

⁴²⁵ Como decíamos *supra*, cualquiera de las redacciones contempladas en los arts. 15 del Anteproyecto de LC de 1983, 65 y 66 de la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 ó 54 LC del Anteproyecto de LC de 2000 (fundamentalmente las dos primeras) son preferibles a la previsión legal actual. En todas ellas, desde la declaración de concurso, se refleja, de un lado, la prohibición de nuevas ejecuciones de créditos por deudas anteriores a tal declaración y la suspensión de las ejecuciones en trámite sin excepción, reconviniendo al proceso concursal su tratamiento -sin perjuicio, por tanto, del privilegio que le pueda ser reconocido-; de otro, el control sobre tales ejecuciones a cargo del juez concursal. Especial atención llama, por la intensidad de la vis atractiva respecto a las ejecuciones nuevas y en trámite, el juego de los arts. 64 y 66 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 que garantiza la absorción de todas las ejecuciones y su dirección bajo el juez del concurso. De este modo, el art. 64: «El Juez del concurso es el único competente para acordar ejecuciones y embargos de cualquier clase sobre y derechos integrados en la masa activa»; y el art. 66: «1. Las ejecuciones pendientes de las que en el momento de la declaración de concurso estén conociendo Jueces o Tribunales del orden civil o del orden social serán acumuladas al concurso, salvo que se hubiere celebrado ya la subasta y adjudicado el bien o el derecho al rematante. 2. En cuanto conozca la existencia de ejecuciones, judiciales o extrajudiciales, o de apremios administrativos, el Juez del concurso se dirigirá a quien corresponda para que, según los casos, remita sin demora los autos o testimonio de las actuaciones».

calificación» (art. 395.3 TRLC)⁴²⁶. Sostener un criterio distinto al monopolio jurisdiccional del juez del concurso supone apostar por la descoordinación, complicando en exceso las reglas de reparto competencial y dificultando la tarea del administrador concursal en el control de las liquidaciones separadas y en el remanente sobrante.

Junto a ello, sin constituir un argumento definitivo, la pérdida competencial propugnada mal se compadece con el deber de colaboración e información que impone el art. 135 TRLC al concursado y a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, sin excepción y hasta la conclusión del concurso (arts. 306.3, 394.2 y 411 TRLC). Expresa imposición de colaboración durante el convenio aparece en el 400 TRLC: desde la eficacia total o parcial de la sentencia de aprobación del mismo y con una periodicidad semestral, se ha de informar al juez del concurso acerca de su cumplimiento⁴²⁷.

No podemos obviar que, en aras a un mayor concierto y control del órgano jurisdiccional del concurso, se está consagrando un específico deber de suministro de datos relativos a cuestiones íntimamente vinculadas al patrimonio concursal y su destino. En concreto, se impone un deber de acompañar toda la documentación acreditativa de su cumplimiento (v.gr., pagos parciales efectuados), pero también información sobre el cumplimiento e incumplimiento no sólo por parte del deudor sino igualmente de terceras personas involucradas en el mismo (v.gr., compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantía o financiación)⁴²⁸.

⁴²⁶ Así ya con anterioridad a la reforma por Ley 38/2011, que introduce este inciso, SAP de Murcia (Sección 4ª) 181/2008, de 23 de mayo (Roj: SAP MU 500/2008), SAP de Valencia (Sección 9ª) 132/2012, de 10 de abril (Roj: SAP V 1535/2012) y SJM nº 1 de Sevilla 54/2007, de 27 de abril. Fuera de este supuesto se vetan las posibilidades de estimulación de una acción de reintegración, ya sea instada por la administración concursal ya por los acreedores -en este sentido, AAP de Castellón (Sección 3ª) 156/2010, de 26 de julio (Roj: AAP CS 712/2010), SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) 167/2013, de 31 de mayo (Roj: SAP SS 1191/2013) y AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 149/2012, de 28 de septiembre (Roj: AAP PO 1492/2012). A salvo queda que el propio convenio autorice el ejercicio de las referidas acciones -v.gr., SJM nº 9 de Madrid 508/2009, de 3 de septiembre de 2010 (AC 2010/1448)-.

⁴²⁷ El interés del concurso que justifica la imposición de tal deber es el cumplimiento del convenio. Como sostiene MARTÍNEZ FLÓREZ, con la aprobación del convenio, la vigencia de estos deberes se debilita o, al menos, pueden tener una dimensión parcialmente distinta, pues el interés del concurso que los justifica (así, entre otros, la necesidad de conocer dónde se encuentran los bienes del concursado o quiénes son sus acreedores), sin llegar a desaparecer, puede disminuir en su intensidad: «no se trata ya de obtener información para fijar los elementos del activo y del pasivo del concursado, sino de verificar el cumplimiento del convenio y facilitar la colaboración necesaria para que el cumplimiento pueda tener lugar» -en «Comentario al artículo 42», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 884-.

⁴²⁸ Cfr. MORILLAS, «Comentario al artículo 138», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2265 y 2266. Y aunque el incumplimiento de este deber no produce efecto directo alguno (sí indirectos, vid. *ibidem*, p. 2268) el

Por lo expuesto, a nuestro juicio, toda ejecución, fundada en título judicial o extrajudicial, provisional o firme, dineraria o no dineraria, e, incluso, con independencia del órgano jurisdiccional que tuviera su encomienda, debe corresponder al juez del concurso⁴²⁹. El art. 86 ter.1.3º LOPJ nos dota de la base normativa para defenderlo así, con exclusión lógica de aquellas ejecuciones que, dirigidas frente al deudor, no se proyectan sobre los bienes y derechos que integran la masa activa⁴³⁰.

En la fase de liquidación el panorama es pacífico. Con su apertura es comúnmente admitido que el principio de la *par conditio creditorum*, la unidad y universalidad del proceso concursal, exigen la afectación de todos los activos de la concursada al plan de liquidación y la vinculación de todos los acreedores al concurso y al orden de pagos diseñado legalmente⁴³¹. Quedan entonces prohibidas las ejecuciones separadas, incluidas las que versan sobre los créditos contra masa (vid. arts. 144.3 y 248 TRLC)⁴³².

juez del concurso podrá, transcurridos seis meses desde la aprobación, requerir al concursado para que presente el informe (art. 705 LEC) e, incluso, imponerle multas coercitivas (art. 709 LEC). Cuestión distinta será determinar la cuantía de las multas a la vista del art. 711 LEC.

⁴²⁹ De igual parecer, respecto a la LC, HERRERO PEREZAGUA, «La competencia del juez del concurso», cit., p. 189; también se deduce de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «Comentario al artículo 8», cit., p. 70.

⁴³⁰ En este sentido, HERRERO PEREZAGUA, «La competencia del juez del concurso», cit., p. 188. Entre otras, por ejemplo, la ejecución del pronunciamiento de una sentencia que declare nulo el despido. Vid. notas al pie 378 y ss. donde se aborda la competencia del juez concursal en los supuestos sobre los que no recae la doble prohibición de los arts. 142 y 143 TRLC.

⁴³¹ Cfr. STS 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014).

⁴³² Expresa mención merece el tratamiento de la ejecución de los créditos contra la masa a la vista de la confusa redacción del derogado art. 84.4 LC, introducido con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y la jurisprudencia dictada al efecto. El precepto rezaba: «Las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos». En la STS 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014) -argumento seguido después en STS 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015)-, se interpretó este precepto en el sentido de entender inadmisibles la ejecución separada del patrimonio del deudor concursado a favor de cualquier titular de un crédito contra la masa. En el supuesto de hecho de la STS, la TGSS procedió al embargo de una serie de activos de la concursada con posterioridad al auto de apertura de la liquidación, e, incluso, al plan de liquidación aprobado. El Juzgado de lo Mercantil alzó los embargos acordados y declaró su jurisdicción y competencia exclusiva para conocer de la ejecución de los bienes del concursado desde la liquidación concursal, negando que, después de esta, pueda existir ejecución posterior administrativa o judicial por créditos contra la masa. La Audiencia Provincial revocó el fallo al entender que, con la nueva dicción del art. 84.4 LC, era reconocida la posibilidad de iniciar ejecuciones administrativas respecto de créditos contra la masa en las condiciones fijadas sin que esto supusiera contravención de los arts. 8.3º y 4º, 24.4, 145, 148 y 176 bis LC. Para la Audiencia, la ejecución separada prevista en el art. 84.4 LC constituía una excepción legal a la prohibición de ejecuciones *ex art. 55 LC*, sin que ello supusiera contravenir el art. 154 LC. El TS confirmó el fallo del Juez de lo Mercantil y entendía que la interpretación de la Audiencia no era compatible con el dictado de los referidos preceptos: «una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del art. 55 LC, no tiene sentido iniciar una

Concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, los acreedores pueden, de no haber sido satisfecho su crédito, continuar (o iniciar)⁴³³ fuera del concurso las ejecuciones singulares hasta lograr su completa satisfacción (art. 570 LEC). Extramuros del proceso concursal, y, por tanto, ahora sí fuera del alcance del juez del concurso⁴³⁴. Así lo entendemos de ser el deudor persona natural y en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare uno nuevo (arts. 484 y 504 TRLC).

En cambio, no ocurre igual cuando el deudor es una persona jurídica. En estos supuestos, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa «acordará la extinción de la persona jurídica concursada y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme» (art. 485 TRLC). En consecuencia, las ejecuciones singulares suspendidas con la declaración de concurso en ningún caso podrán continuar, pues, de aparecer algún bien o derecho tras la conclusión, se declarará su reapertura, ordenando la liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad (art. 505.3 TRLC).

ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal». Este criterio era sostenido también, bajo el texto concursal anterior a la reforma de 2011, por las sentencias 3/2008, de 4 de julio (Roj: STS 4452/2008) de la Sala de Conflictos de Competencias del TS, y sentencia 9/2007, de 6 de noviembre (Roj: STS 9047/2007) del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

El actual art. 248 TRLC, con acierto, suprime el inciso del art. 84.4 LC relativo a la posibilidad de iniciar ejecuciones tras la apertura de la liquidación o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin decretarse su apertura. De esta suerte, se armonizan las reglas de la ejecución relativas a créditos contra la masa con las normas de liquidación estipuladas en los arts. 415 y ss. TRLC.

⁴³³ Aunque nada prevé el TRLC al respecto, la regla del art. 518 LEC, referida al plazo de caducidad de cinco años de la acción ejecutiva -fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del letrado de la Administración de Justicia que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso, en resolución arbitral o en acuerdo de mediación-, no puede ser de aplicación. Si así fuera, el acreedor quedaría en una fatal situación: no solo tendría vetada la posibilidad de ejecutar la resolución para satisfacer su crédito sino que, de haber transcurrido el plazo de cinco años, se usurparía su derecho a hacer valer la acción ejecutiva. Esto es, sería sancionado por una pasividad que es impuesta legalmente. Para paliar tal absurdo, doctrinalmente se ha propuesto aplicar el art. 60 LC (actual 155 TRLC), dedicado a la interrupción de la prescripción (en este sentido, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 55», cit., p. 1031; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 55», cit., p. 572). Se entendería así que, desde la declaración de concurso y hasta su conclusión, queda interrumpida la caducidad de la acción ejecutiva contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración de concurso (quedando excepcionada, de esta suerte, la regla general de que los plazos de caducidad no pueden ser interrumpidos).

Respecto a la suspensión de las ejecuciones en trámite, en ningún caso, llevará consigo la declaración de caducidad de la instancia por cuanto esta no es posible en la ejecución forzosa (art. 239 LEC).

Finalmente, para los créditos de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, vid. arts. 68.2.b), 7-II y 8-III LGT, y, con carácter general, art. 24 LGSS.

⁴³⁴ En este sentido, AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 121/2009, de 9 de junio (Roj: AAP PO 292/2009), y SJM nº 1 de Murcia 210/2016, de 7 de julio (Roj: SJM MU 3190/2016).

- c. La ejecución de los derechos reales de garantía y otras acciones asimiladas de los arts. 145 a 151 TRLC
 - i. Los créditos con garantía real en el proceso concursal y la difícil coexistencia de dos afecciones

El tratamiento en el concurso de los denominados derechos reales de garantía constituye una de las cuestiones de más controvertida solución en todas las legislaciones concursales. Dada la naturaleza de esta clase de derechos, dirigidos a garantizar la afección de un concreto bien ante el eventual incumplimiento de una obligación, es fácil colegir, al menos *a priori*, la pugna, tras la declaración de concurso, entre la afección procurada por el derecho real de garantía y la operada *ex lege* con la producción de aquella. En estos supuestos, concurre una yuxtaposición de afecciones sobre los referidos bienes de la masa activa que, en su estado puro, presenta difícil desenlace.

En efecto, una recta aplicación del derecho real de garantía por parte del titular del crédito garantizado, con plenas posibilidades de ejecución separada o realización forzosa de la garantía (judicialmente, *ex arts.* 517 y ss. LEC o arts. 681 y ss. LEC; o, extrajudicialmente, *ex arts.* 1872 CC, 322 CCom/1885, 129 LH, 234 y ss. RH, 86 y ss. y 92 y ss. LHM), plantearía no pocos problemas en el cumplimiento de los objetivos a los que se encamina el proceso concursal. Así, en la continuidad y mantenimiento de la actividad empresarial y profesional, cuando alguno de los bienes afectados por la garantía resultare necesario para el normal desarrollo de aquella, o en las soluciones previstas por el legislador dirigidas a garantizar la mejor satisfacción del interés del concurso, tanto en el convenio como en la liquidación.

Respecto al convenio, podría resultar de imposible cumplimiento atender a algunas de las estipulaciones legales previstas en lo atinente a la inclusión de proposiciones de enajenación a favor de una persona natural o jurídica, «bien del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado, bien de determinadas unidades productivas, con asunción por el adquirente del compromiso de continuidad de esa actividad» (art. 324 TRLC), a las posibilidades de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada (art. 317.3 TRLC), o al mantenimiento de la continuidad, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, para atender al cumplimiento del convenio (art. 332.1 TRLC). Respecto a la liquidación, en el diseño del plan, resultaría

irrealizable atender a los mandatos de enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios de la masa activa o de algunos de ellos *ex art. 417.2 TRLC*, y, en caso de aplicación de las reglas supletorias, de la enajenación «como un todo» prevista en el 422 TRLC.

Inevitablemente, pues, la conjugación de ambas afecciones impone la instauración en el proceso concursal de reglas especiales para garantizar su coexistencia. De esta suerte, localizamos normas que modulan la eficacia de la afección que proporcionan los derechos reales de garantía con carácter general e identificamos ciertas especialidades respecto al régimen común previsto en el TRLC para las ejecuciones generales (arts. 145 y ss.).

Dado el carácter accesorio de estos derechos⁴³⁵, podríamos pensar que los bienes sujetos a garantía real quedan integrados en la masa activa pero sin las facultades que se segregaron del derecho de propiedad, al constituirse la garantía, y que componen el contenido del derecho real. Esto es, la declaración de concurso no tendría impacto en el titular de la garantía real por cuanto el bien, aun afectado por aquella declaración, quedaría supeditado a su voluntad y, por tanto, fuera del poder de agresión del resto de acreedores del concursado⁴³⁶.

En la solución adoptada por el legislador de 2003, heredada por el TRLC, sin duda, late esta idea. No podría ser de otro modo si se quieren respetar la esencia y las cualidades del derecho real de garantía. Ahora bien, la declaración de concurso matiza el vigor del derecho real modulando su común eficacia, tanto desde el punto de vista temporal como de su normal ejercicio y realización. Se busca así respetar la naturaleza

⁴³⁵ Como recuerdan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1040, en el sistema legal español, los derechos reales de garantía son derechos accesorios que se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal: «El crédito “con garantía real” es, por tanto, una entidad compleja, en la que se yuxtaponen, sin confundirse, una relación obligatoria y un derecho real. La accesoriedad de las garantías reales determina una situación de subordinación o dependencia con respecto al crédito: la extinción del crédito determina la de la garantía, de la misma forma que su transmisión implica necesariamente la del derecho real que asegura su cumplimiento (arts. 1212 y 1528 CC). Pero se trata de entidades distintas, como pone de relieve el hecho de que, siquiera de forma limitada, son posibles determinados actos dispositivos que afectan exclusivamente a la garantía real, como la renuncia, subsistiendo el derecho de crédito (art. 6.3 CC), o los negocios de modificación del rango (art. 241 RH)». El titular de este tipo de créditos ostenta, en consecuencia, una doble titularidad: la del derecho de crédito, pudiendo ejercer la acción personal emanada del crédito dirigida a satisfacer la responsabilidad patrimonial contraída por el deudor (art. 1911 CC); y la del derecho real, en virtud de la cual se logra una especial sujeción de los bienes al cumplimiento de una obligación, con poder directo e inmediato sobre los mismos.

⁴³⁶ Cfr. *ibidem*, p. 1040.

del derecho real sin perturbar el mejor desarrollo del proceso concursal ni impedir soluciones «que puedan resultar convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva» (EM III, párr. 10º).

En palabras de la EM de la derogada LC, pertinentes en el régimen vigente, «la fórmula que combina estos propósitos es la de la paralización temporal de las ejecuciones, en tanto se negocie un convenio o se abra la liquidación, con el máximo de un año a partir de la declaración de concurso» (III, párr. 10º), pero, al mismo tiempo, «en tanto subsista la paralización temporal de estas acciones, la administración concursal podrá optar por atender con cargo a la masa el pago de estos créditos. Aun en caso de realización, el juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado. Se articulan, así una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso» (III, párr. 12º).

ii. La paralización de las ejecuciones con garantía real

La drástica reducción de los privilegios y preferencias en el concurso (EM, V, párr. 1º)⁴³⁷ tiene un destacado reflejo en los derechos reales de garantía.

El principio general de igualdad en el tratamiento de los acreedores (EM, V, párr. 2º) y la búsqueda de la solución más beneficiosa del estado de insolvencia, atempera la intensidad del poder de los titulares de garantías reales en justa equivalencia al común sacrificio que padecen los intereses implicados en el concurso (EM, III, párr. 10º).

Con todo, los derechos reales de garantía gozan en el concurso de privilegios, procesales y sustantivos.

⁴³⁷ Aunque, como apunta GARRIDO, esta reducción no es radical, dado que afecta a un número limitado de causas de preferencia especial, la mayoría de las cuales, además, son de escasa importancia económica. Los privilegios que quedan sin efecto en el concurso son los que siguen. Privilegios especiales contenidos en el CC: de los créditos refaccionarios no anotados (arts. 1923.5º y 1927.3º CC), del vendedor (art. 1922.1º CC), del porteador (art. 1922.4º CC), por créditos de hospedaje (art. 1922.5º CC), por gastos agrícolas (art. 1922.6º CC) y del arrendador (art. 1922.7º CC). Privilegios especiales estipulados en el CCom/1885: del comisionista (art. 276 CCom), del vendedor (art. 340 CCom), del cargador sobre los medios de transporte (art. 372 CCom) y del porteador (art. 375 CCom). Privilegios sobre inmuebles: la anotación preventiva de embargo (art. 1923.4º CC) y el ya referido crédito refaccionario no anotado (art. 1923.5º CC) -en «Comentario al artículo 90», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1611-.

Procesalmente, con carácter general, los titulares de derechos reales de garantía pueden instar la ejecución separada del bien sobre el que recae aquella. Así se infiere, fundamentalmente, de una lectura conjunta de los arts. 145 y ss., 209 y ss., y 430.1 *in fine* TRLC, que reconoce la posibilidad de ejercitar esta facultad hasta el dictado del auto de apertura de la liquidación como si de una ejecución o realización individual, judicial o extrajudicial, se tratase.

Abierta esta fase sin ejercicio de la misma, en aplicación de los arts. 149 y 430.1 *in fine* TRLC, la realización de tales bienes, forzosamente, deviene efectiva en la ejecución colectiva⁴³⁸. Esto es, se pierde el derecho de ejecución o realización individual y todas las ejecuciones pasan a sustanciarse conjuntamente en la ejecución colectiva.

La facultad de ejercitar el *ius distrahendi* de manera separada es reconocida a todos los acreedores con garantía real, al margen, por tanto, de su reconocimiento en la lista de acreedores como crédito privilegiado especial (arts. 270 y 287 TRLC). Cuestión distinta acontece con el destino del precio obtenido cuando es enajenado el bien garantizado ante el incumplimiento de la obligación (art. 1858 CC y 1872 CC para la prenda, 1884-II CC para la anticresis y 129 LH para la hipoteca). Su imputación con cargo a la satisfacción del crédito solo es garantizada, al menos en la ejecución colectiva, en tanto que le sea atribuido al crédito el rango de privilegio especial (art. 270 TRLC)⁴³⁹. Para ello, además, se ha de cumplir con las condiciones que estipula el art.

⁴³⁸ El art. 149 TRLC mejora la técnica del derogado art. 57.3 LC, que precisaba de una interpretación correctora a la luz de los arts. 56.1 y 57.1 y 2 LC. Según la dicción literal del art. 57.3 LC: «Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado». Por tanto, se podía inferir, *a sensu contrario*, que las acciones ejercitadas tras la declaración de concurso, aun abierta la fase de liquidación, podrían ser sustanciadas separadamente. A nuestro juicio, no concurrían razones para entender que el elemento temporal determinante fuera el del ejercicio de la acción y no el de la apertura de la liquidación -de esta opinión, asimismo, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2448; CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 57», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 619, nota al pie 1, y SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1078-. Según estos últimos, esta referencia solo podía ser debida a un error del legislador al mal interpretar, quizás al amparo del derogado 56.2 LC, que tras la declaración de concurso no es posible la realización de una garantía real.

⁴³⁹ Desde la constitución de la situación jurídica de concurso, devienen inaplicables las preferencias y privilegios que no encuentren resguardo legal en el TRLC. Los privilegios especiales -también los generales- constituyen un *numerus clausus* (arts. 269.2 y 3 y 270 TRLC). De esta suerte, las garantías reales no recogidas en el art. 270, como las contempladas en algunos Derechos forales (v.gr., las arras y la fiducia en Derecho navarro o el derecho de retención en Derecho catalán) o las que puedan surgir por voluntad de las partes -garantías atípicas-, no dotan a su acreedor de la especial facultad de imputación de lo obtenido para la satisfacción de su crédito, al menos, en la ejecución colectiva. Más controvertido es dilucidar si lo hacen en la ejecución individual o separada que, al amparo de los arts. 145

271 TRLC: para los número 1º a 5º del art. 270 TRLC, la garantía ha de estar constituida antes de la declaración de concurso con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica, salvo que se trate de los créditos con hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores (apartado 1º); para la prenda de créditos de la masa activa, sobre créditos futuros o sobre créditos futuros derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o servicios, se ha de cumplir con las condiciones que estipulan, para cada uno de ellos, los apartados 2º a 4º del referido precepto.

Sin embargo, este privilegio procesal queda sometido a ciertas limitaciones que evidencian el impacto de los efectos asociados a la declaración de concurso.

En primer lugar, el acceso y progreso de las ejecuciones individuales queda subordinado al interés del concurso, dadas las facultades de rehabilitación contractual que, en atención a este, son reconocidas al órgano jurisdiccional (art. 164 TRLC).

En efecto, el incumplimiento contractual de la obligación principal (art. 1858 CC), en los contratos de tracto único, o el incumplimiento de varios plazos cuando concurra cláusula contractual de vencimiento anticipado de las obligaciones pendientes, en los de tracto sucesivo (vid. términos de los arts. 693.1 y 2 LEC, 24 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y 129 bis LH), habilita inicialmente el impulso de la ejecución separada, que queda, empero, condicionada a lo que decida el juez del concurso atendiendo al interés del concurso (art. 164 TRLC).

En segundo lugar, declarado el concurso se impone una doble prohibición que opera con carácter temporal respecto a la ejecución o realización forzosa de los bienes con garantía real que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, con excepción de que el concursado tenga la condición de tercer poseedor (art. 151 TRLC)⁴⁴⁰.

y ss. TRLC, pudieran instar tales acreedores con carácter previo a la apertura de la liquidación. A favor de entender que aquellos privilegios siguen desplegando sus efectos en el régimen de ejecución singular, GARRIDO, «Comentario al artículo 90», cit., p. 1611. Parece pronunciarse en contra, al negar con carácter general que tales privilegios puedan subsistir, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1042. La Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, que debía remitir el Gobierno en el plazo de seis meses a las Cortes Generales desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003 (DF 33ª LC), resolvería la cuestión.

⁴⁴⁰ Como señalan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., pp. 1074 y 1075, el conflicto de intereses entre el acreedor con garantía real y la masa es idéntico con independencia de si el concursado tiene o no la condición de tercer poseedor: sin excepción, la realización del bien

Esta doble restricción atiende al estado de la tramitación en que se encuentre la ejecución. La primera exclusión, estipulada en los arts. 145.1 y 148.1 TRLC, impide el inicio de la ejecución o realización forzosa de la garantía que recaiga sobre tales bienes, hasta que devenga eficaz un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. La segunda, predispuesta en los arts. 145.2 y 146 TRLC, suspende las referidas actuaciones que ya estuvieran iniciadas desde que la declaración del concurso⁴⁴¹, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho⁴⁴².

conllevará la desmembración del patrimonio concursal. Sin embargo, el legislador ha entendido oportuno establecer, en estos supuestos, un mecanismo de protección de los titulares de derechos reales de garantía que evite transmisiones dirigidas a perturbar la ejecución de tales bienes. Incluso cuando el bien pueda recaer sobre un bien necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor -en este sentido, vid. AAP de Barcelona (Sección 15ª) 66/2009, de 18 de marzo (Roj: AAP B 4318/2009)-.

Pese al tenor del art. 151 TRLC, hay quien entiende que la dispensa está limitada a la fase común. Esto es, una vez abierta la fase de liquidación, el acreedor pierde la posibilidad de ejecución separada a la vista del art. 149 TRLC -en sentido, respecto a los derogados arts. 56.4 y 57.3 LC, MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», cit., p. 1561, que indica que es la doctrina del DGRN-. Para estos autores, al no ser el acreedor hipotecario un acreedor del concursado, en la liquidación no se puede proceder a su pago ni podrá ordenarse la cancelación de la hipoteca. El acreedor hipotecario tendrá, pues, que «esperar que la finca o derecho se transmita en el concurso a un tercero o bien a que se cierre el concurso sin conseguir liquidar la finca (que será lo más frecuente dada la subsistencia de la carga), pudiendo entonces en ambos casos iniciar la ejecución ante el juzgado ordinario. No corre el peligro de que su hipoteca se cancele en la ejecución colectiva (salvo por purga derivada de la existencia de otra hipoteca anterior que garantice deuda concursal) pero se ve en la posición de un convidado de piedra».

⁴⁴¹ Respecto al art. 144.1 TRLC defendíamos que, pese al tenor del art. 568.2 LEC, la suspensión operaba desde la declaración de concurso, deviniendo nulos los actos subsiguientes realizados por el órgano jurisdiccional. En el supuesto que acoge el art. 148.1 TRLC es más complejo defender idéntica eficacia. Fundamentalmente, por la imposibilidad de retrotraer las actuaciones una vez consumada la ejecución o realización forzosa y el nulo relieve de hacerlo a momentos previos a la efectiva realización que es lo que se persigue evitar. En efecto, producida la consumación con ingreso del bien en el patrimonio del rematante o del adjudicatario, o con su entrega al vendedor o arrendador financiero, ya no es posible su reingreso en la masa activa (art. 192.1 TRLC). A nuestro juicio, los actos no podrían ser considerados nulos por ausencia de competencia objetiva del órgano jurisdiccional (arts. 238.1º LOPJ y 225.1º LEC) por cuanto, en estos supuestos, como luego veremos, al menos jurisprudencialmente, no se entiende que la declaración de concurso altere la atribución competencial originaria.

⁴⁴² Se modifica, con buen criterio, la confusa redacción originaria del art. 56.2 LC, que limitaba la suspensión de la ejecución en el supuesto en el que, al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto (parecía así protegerse a eventuales terceros adquirentes que pudieran haber realizado determinadas actuaciones para la adquisición del bien; v.gr., financiación) y la ejecución no recayera sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las dificultades asociadas a la delimitación del carácter «afecto» de un bien, inicialmente contenidas en el art. 56.1 y 2 LC, y su necesario deslinde conceptual de la expresión bien «necesario» para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, aconsejaban su simplificación -crítica esta imprecisa y confusa terminología empleada en el art. 56 LC, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 56», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 603-. De este modo se llevó a cabo finalmente, tras el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, con mantenimiento de la expresión «bien o derecho necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial» del deudor y refundición del denominado bien «afecto» a este último.

La doble interdicción halla otra regla complementaria en los supuestos en los que se declare el incumplimiento de un convenio que afecte a acreedores privilegiados especiales vinculados al mismo o por adhesión voluntaria (art. 397 TRLC). En estos casos, reza el art. 404.2 TRLC, los referidos acreedores «desde que alcance firmeza la declaración de incumplimiento (...) podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía con independencia de la apertura de la fase de liquidación».

El ámbito objetivo sobre el que opera la paralización de las ejecuciones, sin embargo, no queda limitado a los derechos de garantía real encuadrables en el art. 1858 CC (hipoteca, prenda y anticresis⁴⁴³). Siguiendo la dicción del art. 145 TRLC, el régimen jurídico diseñado en los arts. 145 a 151 TRLC es extensible a otros derechos reales distintos a los de realización de valor. De esta manera se prevé en el art. 150 TRLC respecto a las acciones resolutorias de compraventas de bienes inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la propiedad, las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de bienes muebles, y las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la propiedad o de bienes muebles o formalizados en documentos que lleve aparejada ejecución⁴⁴⁴.

⁴⁴³ En contra de que la anticresis constituya un derecho real, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 56», cit., p. 593, que entiende que los frutos del inmueble garantizados con anticresis no pertenecen al anticretista a título de garantía sino como propietario. Para CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 90», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1064 y 1065, sorprende este tratamiento singular de la anticresis en el concurso pues, en la doctrina, hasta el momento, se viene entendiendo que aquella o bien no constituye una garantía, por no conferir ningún derecho de realización de valor, o bien sí la constituye pero no sobre los frutos del inmueble sino sobre el inmueble mismo. En cambio, en el concurso, la anticresis confiere un derecho real de garantía sobre los frutos del inmueble (art. 270.2º TRLC). Así lo entiende también GARRIDO, «Comentario al artículo 90», cit., pp. 1618 y 1619, y como derecho de realización de valor lo trata SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., *passim*.

⁴⁴⁴ Bajo la LC, CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 56», cit., pp. 596, 597, 598 y 601, entendía que la suspensión que predicaba el art. 56.I-II de tales acciones se limitaba a la acción de recuperación de los bienes muebles vendidos a plazos, en arrendamiento financiero o de los inmuebles sometidos a condición resolutoria, y no a la acción para proceder al apremio y ejecución sobre tales bienes. Consideraba, empero, que las acciones para instar la ejecución de los bienes muebles vendidos a plazos sí resultaban afectadas pero por la prohibición del párrafo primero del art. 56.1 LC (p. 596). Sobre las posibilidades de ejercitar una eventual acción reivindicatoria dado que, a su juicio, la norma concursal guarda silencio, vid. *ibidem*. En contra de esta interpretación, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1047, para quien la paralización afectaba tanto a las acciones de recuperación como a las acciones ejecutivas.

En el TRLC, el art. 150 se ubica sistemáticamente tras las reglas especiales de los procedimientos de ejecución de garantías reales. A tales normas remite el precepto para integrar su régimen jurídico, disipando cualquier duda interpretativa.

Aunque respecto a estos titulares el TRLC podría haber optado por reconocerles un derecho de separación sobre el bien en poder del concursado *ex art.* 239 TRLC, el legislador ha entendido que el vendedor, arrendador o financiador no es propietario sino titular de un derecho real de garantía que exige, por tanto, la sujeción a los parámetros de los arts. 245 y ss. TRLC⁴⁴⁵.

Asimismo ocurre respecto a la ejecución de la garantía frente al hipotecante no deudor por estar integrado el bien gravado en la masa activa del concurso. Nótese que el TRLC, a diferencia de la LC, alude en los arts. 145 y ss. TRLC a los titulares de derechos reales de garantía, sean o no acreedores⁴⁴⁶.

Desde el punto de vista sustantivo, junto al privilegio procesal, los derechos con garantía real gozan de un tratamiento preferencial en el concurso. Así se infiere de la prioridad en el cobro que deriva de su reconocimiento como crédito con privilegio especial (arts. 209 a 214, 270, 430 y 431 TRLC).

iii. La realización de los bienes con garantía real

Los derechos reales de garantía a que alude el art. 145.1 TRLC aparecen reconocidos como créditos con privilegio especial en el art. 270.1º, 2º, 4º y 6º TRLC.

⁴⁴⁵ Respecto a la LC, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1047. Respecto al arrendamiento financiero, dado el carácter dominical unánimemente reconocido por la jurisprudencia, a juicio de CARRASCO PERERA, es incuestionable que procede reconocer al arrendador una acción reivindicatoria ejercitable por la vía del art. 239 TRLC (respecto al derogado art. 80 LC en «Comentario al artículo 56», cit., pp. 598 y 599). A nuestro juicio, y en tanto entendíamos que la suspensión *ex art.* 56.1-II ya era predicable de todas las acciones tendentes a recuperar el bien, en ningún caso sería viable esta opción. Igual conclusión alcanzamos bajo el TRLC.

No debe perderse de vista, sin embargo, el impacto del art. 165 TRLC en la materia. La resolución de tales contratos por la administración concursal, en caso de suspensión, o, por el concursado, en caso de intervención, sitúa en una mejor posición a los titulares de aquellas garantías, no como resultado de estas sino por los efectos asociados a la resolución contractual. Esto es, en tanto que, consecuencia de la resolución, puede procederse a la restitución de lo entregado y la indemnización que corresponda con cargo a la masa (art. 165.3-I TRLC), el acreedor recibirá sin más el bien, con extinción de la garantía. De no procederse a la resolución, en cambio, el acreedor dispondrá de la garantía pero resultará del todo ineficaz a la luz del art. 150 TRLC que veta su ejercicio. Sobre la cuestión, en detalle, en relación a la LC, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 56», cit., pp. 613 a 615.

⁴⁴⁶ Bajo el régimen de la LC, de interés sobre la materia y a favor de este tratamiento entendiendo aplicables los arts. 56, 57 y 155 LC, SAP de Córdoba (Sección 3ª) 82/2013, 7 mayo (Roj: SAP CO 1166/2013). En contra, AJM nº 9 Barcelona 932/2015, de 14 de marzo (Roj: AJM B 23/2016).

En los supuestos en los que el concursado es hipotecante no deudor, doctrinalmente se había sostenido la idoneidad de extender la aplicación del derogado art. 56.4 LC (actual art. 151 TRLC), previsto para el concursado tercer poseedor. Jurisprudencialmente, sin embargo, no se admitía esta tesis resultando de aplicación el régimen general (en este sentido, vid. MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», cit., p. 1567). Con la entrada en vigor del TRLC, se despejan las dudas sobre la materia con adaptación de la norma a la jurisprudencia dictada.

Como tales, reciben el referido tratamiento preferente en la satisfacción del crédito con cargo a los bienes y derechos sobre los que recae la garantía (arts. 209 y ss. TRLC).

Esta, sin embargo, es una declaración de principios que encuentra destacadas limitaciones a la luz de los arts. 212 y 430 TRLC.

En efecto, la declaración de concurso modula la común eficacia del *ius distrahendi*, y no solo temporalmente, cercenando las posibilidades de disposición de tales bienes en su ejecución. Esto es, el contenido real de la garantía puede ser laminado en la práctica en sustitución de sistemas alternativos de satisfacción del crédito, siempre que estos confieran al acreedor una protección equivalente. Subsiste así el derecho de crédito, que originariamente no sufre alteración por la constitución de la garantía real, pero se suspende la eficacia de la garantía, impidiendo el ejercicio del poder de realización directo e inmediato sobre la cosa⁴⁴⁷.

Nuevamente se evidencia el impacto de la afección patrimonial a los fines del concurso, con acotación de las facultades de los intereses privados a favor de la salvaguarda del interés del concurso.

Entre los sistemas extraordinarios de satisfacción del crédito protegido, distintos a los comunes de ejecución o realización de los bienes o derechos objeto de la preferencia, hallamos disciplinados en el TRLC el “rescate” del bien objeto del privilegio⁴⁴⁸, con conversión del crédito especial en crédito contra la masa (art. 430.2 TRLC), y la enajenación del bien con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del concursado (art. 212 TRLC).

La primera singular forma de satisfacción se instituye en una opción de la administración concursal, ejercitable durante el periodo de paralización de las ejecuciones de las garantías reales y acciones de recuperación asimiladas (arts. 145 y ss. TRLC). Es un remedio excepcional que garantiza la preservación del bien, susceptible de agresión jurídica, en la masa, con amortización de los plazos e intereses vencidos y la

⁴⁴⁷ No ocurre de este modo en los supuestos en los que se constituye la garantía sobre bienes que no forman parte del patrimonio del deudor (art. 1857-II CC). Frente al patrimonio de terceros, no operan los descritos efectos. En cuanto al tratamiento de la hipoteca en el concurso del hipotecante no deudor, de interés, vid. SAP de Murcia (Sección 4ª) 672/2019, de 19 de septiembre (Roj: SAP MU 1847/2019) y 871/2019, de 14 de noviembre (Roj: SAP MU 2411/2019).

⁴⁴⁸ En feliz expresión de GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., pp. 2450 y 2451, con la que enfatiza la liberación del bien de la carga. Utilizada también por BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 154», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, *passim*.

conversión del crédito privilegiado especial en crédito contra la masa (arts. 242.10º y 430.2 TRLC).

La alteración de la posición del acreedor es significativa: muta el rango del derecho de crédito, con imposibilidad de ejercicio de las facultades asociadas a la garantía real.

Esta modalidad de satisfacción opera respecto de todos los créditos con garantía real. No se limita, por tanto, como podríamos inferir de una primera lectura del art. 430.2 TRLC, a las garantías reales constituidas a favor de créditos financieros. Sin embargo, no es extensible esta facultad a otros créditos con privilegio especial (créditos refaccionarios *ex art. 270.3º TRLC*) o que gozan de un privilegio especialísimo (créditos con privilegios sobre buques y aeronaves *ex art. 241 TRLC*)⁴⁴⁹, sin perjuicio de que el superior interés de la masa activa y la consecución de los fines a los que se dirige el concurso, desde luego, así lo justificaría.

Resulta discutible que la opción sea ejercitable con indiferencia del carácter necesario del bien para la continuidad de la actividad profesional y empresarial del concursado. Favorece una interpretación amplia, la aplicación teleológica de la norma concursal a la vista de la ausencia de previsión legal en contrario en los arts. 209 y ss.⁴⁵⁰; en el lado contrario, milita que la prohibición de inicio de ejecuciones o la suspensión de las que estuvieran en trámite solo opera respecto a aquellos bienes necesarios (arts. 145 y ss. TRLC) y la Ley parece tomar como base este presupuesto material (y el temporal ya referido) para justificar su práctica (art. 430.2 TRLC)⁴⁵¹.

El tiempo habilitado legalmente para el ejercicio de la opción está adecuadamente concebido (art. 430.2 TRLC, primer inciso): permite a la administración concursal evaluar la conveniencia del “rescate”, en atención a la situación económico-financiera de la empresa y a las posibilidades de reflote, sin que las ejecuciones

⁴⁴⁹ En contra, ha sostenido una interpretación amplia del derogado art. 155.2 LC y actual art. 430.2 TRLC, extendiendo esta modalidad de satisfacción a los referidos créditos, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2451. Asimismo, respecto a los contratos de préstamo cuyo crédito se estructura en un único pago y los créditos refaccionarios, QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 155», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1673.

⁴⁵⁰ A favor de esta exégesis, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2453.

⁴⁵¹ Ello imposibilitaría que la administración concursal pudiera hacer uso de la opción en todas aquellas situaciones en las que evitar la ejecución separada del bien no necesario pudiera ser más beneficiosa para la masa (v.gr., por integrarse el bien dentro de un conjunto productivo que aumentara el valor de la unidad productiva).

singulares acaben desmembrando el patrimonio con frustración de los propósitos del concurso. Aprobado el convenio (sin contenido que afecte al crédito), dictado el auto de apertura de la liquidación o transcurrido un año desde la declaración de concurso sin ejercicio de tal opción, decae la posibilidad de su práctica.

El empleo de esta facultad, sin embargo, no suprime la afección de la garantía real que recae sobre el bien. A menos, claro está, que el “rescate” determine la satisfacción total del crédito⁴⁵². Prueba de ello es que, convertido el crédito con privilegio especial en crédito contra la masa, el no cumplimiento en los términos del art. 245 TRLC faculta al acreedor a la realización de los bienes y derechos afectos al privilegio para la satisfacción de su crédito (arts. 430.2 *in fine* y 3 TRLC). Esto es, ante el nuevo incumplimiento, el crédito con privilegio especial resulta rehabilitado y de manera reforzada: es posible la ejecución individual sobre el entero bien o derecho afecto sin aplicación de la suspensión *ex art.* 145 TRLC⁴⁵³.

La segunda forma de satisfacción extraordinaria que contempla el TRLC es la enajenación del bien con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente en la obligación del deudor (art. 212 TRLC).

La posibilidad que brinda este precepto es, de igual modo, excepcional. En rigor, su aplicación produce una modificación estructural de la relación obligatoria de crédito a través de la novación subjetiva del deudor sin consentimiento del acreedor. Algo

⁴⁵² Solo entonces podrá procederse a la cancelación registral de la hipoteca inmobiliaria (art. 79.2º LH) o, de constar, de la mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de posesión -art. 68.b) LHM-.

En los supuestos en los que el “rescate” no implique el pago total sino solo el abono de los plazos de amortización e intereses vencidos, el TRLC proporciona a tales créditos de financiación un tratamiento muy similar al previsto para los créditos rehabilitados (arts. 166 y 167 TRLC). Como señala GARRIDO: «En realidad, los efectos del ejercicio de la opción de rescate son análogos a los de la asunción de un contrato pendiente de ejecución o a la rehabilitación de un crédito: se concede a la administración concursal la oportunidad de colocarse en la misma situación que el deudor, sanando el incumplimiento, y garantizando la posición en la que queda el acreedor financiador» (en «Comentario al artículo 155», cit., p. 2455). En este sentido, asimismo, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1062. En estos casos, se podrán hacer constar en el Registro de la Propiedad los pagos parciales y la modificación del crédito pero, hasta su íntegra satisfacción, con subsistencia de la hipoteca (arts. 144 LH y 240 RH).

⁴⁵³ A nuestro juicio, el incumplimiento determina la conversión del crédito contra la masa en crédito con privilegio especial originario. Así se deduce del último inciso del art. 430.2: «En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial (...).» No parecen entenderlo de este modo, en relación al art. 155.2 LC, de idéntico tenor en este punto al art. 430.2 TRLC, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2456, y SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1063, para los que el crédito recibe el tratamiento de crédito contra la masa aunque sin la limitación temporal para su ejecución del antiguo art. 154.2 LC, último inciso (posteriormente art. 84.4 LC, último inciso). Plantea el debate sobre la posible continuación de la ejecución ante el incumplimiento, QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 155», cit., p. 1676.

singular a la luz del art. 1205 CC y 118-I LH⁴⁵⁴, que autorizan la novación sin consentimiento del deudor primitivo pero no del acreedor.

La enajenación del bien con subrogación del crédito comprende, asimismo, la transmisión del derecho real de garantía (arts. 1212 y 1258 CC), lo que, en definitiva, supone transformar de manera completa la posición del acreedor privilegiado.

En efecto, el acreedor con privilegio especial quedará excluido de la masa pasiva y las facultades y posibilidades de actuación derivadas del derecho de crédito y del derecho real que recaiga, en su caso, sobre el bien afecto serán ahora ejercitables frente al tercero adquirente. Este es, en consecuencia, deudor del crédito tutelado por el privilegio especial y no tercer poseedor del objeto sobre el que recae el referido privilegio⁴⁵⁵.

El empleo de esta modalidad de satisfacción de bienes, que precisa de la autorización expresa del órgano jurisdiccional, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, resulta aconsejable en escenarios distintos; entre otros, cuando los bienes sean susceptibles de rápida depreciación o deterioro, presenten elevados costes de mantenimiento o conservación, o concurra falta de liquidez necesaria para la continuación de la actividad empresarial.

Su aplicación se puede intuir poco frecuente. La aparición de un acreedor dispuesto a subrogarse en el crédito con subsistencia del gravamen solo cabe presumirse en una circunstancia: cuando el valor del bien, actual o potencial, exceda notablemente del valor del crédito. En cualquier caso, de autorizarse la enajenación en estas condiciones, el acreedor privilegiado tiene derecho a recibir el importe de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria y, si hubiera remanente, se ingresará en la masa activa (art. 213.1 TRLC), con la que se pagarán los créditos por el orden y

⁴⁵⁴ Así lo reconoce, entre otros, el AJM nº 6 de Madrid nº recurso 131/2011 (Roj: AJM M 158/2018): «la subrogación se impone por decisión judicial, prescindiendo del consentimiento del acreedor, que se sustituye por una previa audiencia, e introduciendo así, en el ámbito concursal, una excepción al art. 1205 CC». En la doctrina, de este parecer, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2459 y QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 155», cit., pp. 1678 a 1680. Para MARTÍN MARTÍN, el consentimiento del acreedor garantizado será preciso salvo que se trate de bienes hipotecados que formen parte de una unidad productiva, dado que el art. 149.2.b) LC -actual art. 214 TRLC- expresamente exceptuaba la necesidad de consentimiento para la subrogación en este tipo de transmisiones globales -en «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 (625/2017)», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2017, p. 77-.

⁴⁵⁵ En este sentido, GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2459.

sistema establecido legalmente (arts. 429 y ss. TRLC). Subrogado el adquirente, el crédito queda excluido de la masa pasiva (art. 212.1 *in fine* TRLC)⁴⁵⁶.

Cuestión distinta ocurre respecto a los créditos tributarios y de seguridad social. El art. 212.2 TRLC establece que se producirá la enajenación del bien sin subrogación del adquirente y con subsistencia del gravamen. En estos casos, el precio obtenido se destinará al pago del crédito con privilegio especial, y el remanente, de existir, al resto de acreedores según la referida graduación legal (art. 213.1 TRLC). Ahora bien, de no conseguirse la completa satisfacción del crédito, la parte no satisfecha debe ser reconocida en el concurso con la clasificación que corresponda (art. 213.2 TRLC).

iv. La competencia objetiva del juez del concurso en las ejecuciones de los créditos con garantía real

«El carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor» (EM, II, párr. 1º, LORC)⁴⁵⁷.

Esta afirmación, que bien debiera ser predicable para toda ejecución, ha sido parcialmente transpuesta en el régimen jurídico aplicable a la ejecución de las garantías reales. En esta materia, en adaptación a la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales, el TRLC introduce novedades, clarificando el sistema dispuesto en la LC.

En el nuevo régimen concursal, se esclarece el ámbito al que se extiende la competencia objetiva del juez del concurso, que queda limitado a la ejecución o realización forzosa de los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado⁴⁵⁸. El tenor del art. 148.2 TRLC, en

⁴⁵⁶ No es aplicable, por tanto, el art. 213.2 TRLC pese al tenor del art. 213.1 TRLC: «cualquiera que sea el modo de realización de los bienes afectos...».

⁴⁵⁷ Y continúa: «lo que lleva a atribuir al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos, así como determinados asuntos que, en principio, son de la competencia de los juzgados y tribunales del orden social, pero que por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento no deben resolverse por separado» (EM, II, párr. 1º). Y he aquí donde se observa la vocación de la reforma orgánica que debe servir como criterio hermenéutico: «Mediante la correspondiente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (nuevo artículo 86 ter), esta atribución de jurisdicción exclusiva y excluyente se incorpora ahora expresamente a las competencias de los juzgados de lo mercantil» (EM, II, párr. 2º).

⁴⁵⁸ Pese a la opinión jurisprudencial dominante, no era tan claro que así aconteciera bajo la LC. A nuestro modo de ver, el tenor del art. 57.1 (primer inciso) LC -la ejecución de tales garantías «durante

relación con los arts. 145 y 146 TRLC, destinado a los bienes o derechos necesarios y no necesarios, respectivamente, aunque de mejorable técnica, parece despejar las dudas existentes al respecto⁴⁵⁹.

De esta suerte, la competencia objetiva para la ejecución de tales garantías sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios se mantiene en el órgano inicialmente competente. Siguiendo el tenor del art. 146 TRLC, aportado el testimonio de la resolución del juez del concurso que declara su carácter no necesario: «podrá iniciarse la ejecución o alzarse la suspensión de la misma y ordenarse que continúe ante el órgano jurisdiccional o administrativo originariamente competente para tramitarla».

la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de éste»-, en relación al art. 56 LC y con integración de las reglas generales (arts. 86 ter.1.3º LOPJ y 8.3º LC), exigían una interpretación distinta.

En efecto, respecto al ámbito objetivo, la competencia del juez se extendía al «ejercicio de acciones» (art. 57.1 LC) referidas en el art. 56.1 LC, esto es, a las ejecuciones de garantía real (art. 56.1-I LC) y a las denominadas acciones de recuperación asimiladas (art. 56.1-II LC), que incidían sobre bienes del concursado necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. El art. 56 LC, sin embargo, guardaba silencio sobre la ejecución de tales garantías sobre bienes no necesarios, lo que exigía su integración por la vía de los arts. 86 ter.1.3º LOPJ y 8.3º LC. La terminante atribución competencial conferida al juez del concurso era indubitada: «Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado».

Pero incluso una recta interpretación del art. 57.1 LC coadyuvaba a sostener esta interpretación. De este modo podía entenderse a la vista de diversos factores, entre los que destacan que la ejecución de garantía real de los bienes del concursado, necesarios o no, quedaba suspendida con la declaración de concurso, el alzamiento de la suspensión solo procedía cuando se incorporara al procedimiento testimonio del juez del concurso que declarara que el bien no era necesario, y el art. 57.1 LC atribuyera su reanudación -o inicio- a la competencia del juez del concurso, «quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda».

Con todo, de la dicción del art. 56.2 LC parecía desprenderse el deseo del legislador de que la ejecución en trámite continuara sustanciándose ante el juez que la hubiera iniciado. En este sentido, asimismo, vid. EM del Real-Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, que justificaba la modificación del art. 56 LC: «para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial» (EM, IV, párr. 3º). El precepto sufrió una modificación posterior pero, en lo que ahora se refiere, mantuvo idéntica razón de ser.

Doctrinalmente, entendía que la ejecución de tales garantías sobre bienes no necesarios caía en la órbita competencial del juez del concurso, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., pp. 1073 y 1074. En contra, RIBELLES, «Comentario al artículo 57», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 305. En una posición ecléctica, destacando los argumentos de una y otra posición, FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a los artículos 56 y 57», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 665, nota al pie 21.

⁴⁵⁹ A nuestro juicio, sin embargo, el TRLC no es lo suficientemente claro. Fundamentalmente, porque el art. 148 TRLC goza *a priori* de alcance general -se rubrica «Fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes»-, indicando el apartado 2º que «la demanda de ejecución o la solicitud de reanudación de las ejecuciones suspendidas se presentará por el titular del derecho real ante el juez del concurso, el cual, de ser procedente la admisión a trámite de la demanda o de la solicitud de reanudación, acordará la tramitación en pieza separada dentro del propio procedimiento concursal». Este mandato, que nada refiere sobre el carácter necesario del bien o derecho, para ser inteligible, debe ser forzosamente complementado con el art. 146 TRLC, en relación a la competencia para continuar las ejecuciones respecto a bienes o derechos no necesarios. Por esta razón, para mejorar su claridad, el TRLC debía contener una alusión al carácter necesario del bien o derecho al inicio del art. 148.2.

El estado de la tramitación de tales ejecuciones resulta irrelevante a los efectos de determinar la competencia objetiva. El juez del concurso conoce exclusivamente de las ejecuciones nuevas (art. 145.1 TRLC) o que se reanuden (art. 145.2 TRLC) sobre bienes o derechos necesarios desde la declaración de concurso (art. 148.2 TRLC). Se incluye, por tanto, la ejercitada por los acreedores con privilegio especial ante el incumplimiento de un convenio que les afecta (art. 404 TRLC)⁴⁶⁰.

En realidad, toda ejecución o realización forzosa sobre bienes o derechos afectos a la garantía real queda sometida a la prohibición de inicio o suspensión del art. 145 TRLC⁴⁶¹. Cuestión distinta es que, transcurridas las circunstancias que instaura el art. 148.1 TRLC y constatada la no necesidad del bien o derecho para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, se proceda al alzamiento de la suspensión o se admita el inicio de la ejecución (art. 146 TRLC).

El TRLC se adapta así a la tendencia jurisprudencial consolidada bajo la LC⁴⁶², donde era generalmente entendido que la competencia para la ejecución de garantías vinculadas a bienes no necesarios escapa al principio de atracción del juez del concurso⁴⁶³, correspondiendo al juez competente en su origen⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ En el supuesto del art. 404 TRLC (derogado art. 140.4 LC) hay quien reconoce, sin embargo, que si la ejecución ante el juzgado ordinario estuviera en trámite antes de la aprobación del convenio, este debería proseguir con ella ante la declaración de incumplimiento, si bien no parece necesaria la declaración de no necesidad del bien para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado por no preverlo la norma. De esta opinión, MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», cit., p. 1564, si bien en p. 1568 reconoce que sí es necesaria la aportación de la resolución del juez del concurso declarando la ausencia de necesidad del bien. Pronunciándose sobre la cuestión, vid. RDGRN de 19 de enero de 2017 -BOE nº 32, de 7 de febrero de 2017, pp. 8422 a 8433-.

⁴⁶¹ La suspensión opera pues, sin excepción, desde la constancia de la declaración de concurso en el proceso de ejecución de garantías reales (y no desde la declaración de necesidad del bien) sobre todos los bienes y derechos que integran la masa activa. En este sentido, con notable motivación y destacando los problemas anejos a una idea contraria a la aquí sostenida respecto al régimen estipulado en la LC, SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) 164/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP GC 2065/2011).

⁴⁶² Para una síntesis de las distintas posiciones jurisprudenciales, vid. SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) 164/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP GC 2065/2011).

⁴⁶³ Incluso respecto a bienes necesarios para la actividad profesional cuando se hubiere aprobado un convenio que no afecta al crédito con privilegio especial -en este sentido, por todas, RDGRN de 4 de julio de 2016 (BOE nº 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59053 a 59065)-. Con carácter previo, la DGRN había sostenido que, por cuanto la tramitación del concurso no termina con el convenio sino con el auto de conclusión, la competencia para la ejecución separada correspondía al juez del concurso si se trataba de bienes necesarios o al juzgado ordinariamente competente si concurría declaración de no necesidad. Esta doctrina, finalmente, ha sido abandonada a favor de la sostenida por la referida resolución (en este sentido, MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», cit., p. 1564).

⁴⁶⁴ En este sentido, AATS (Sala 1ª) nº recurso 975/2016, de 14 de septiembre (Roj: ATS 8207/2016), y nº recurso 1048/2016, de 14 de diciembre (Roj: ATS 11270/2016). En ambos, en

En el régimen de la LC, se exigía empero que, con carácter previo a la prosecución, el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo de aquella se asegurase del carácter -necesario o no- que merecía el bien. Aunque se reputaba controvertido a la luz del art. 56.2 LC, el TS determinó que el juez originalmente competente debía remitir oficio al juez del concurso para constatar su calificación (art. 56.5 LC), y, solo entonces, con su resultado, decidir continuar o no con la ejecución⁴⁶⁵.

Jurisprudencia menor, sin embargo, abogaba por una tesis contraria: «es carga del acreedor hipotecario que pretende iniciar una ejecución hipotecaria singular obtener previamente una resolución del Juez del concurso que declare la “no necesidad o no” de los bienes objeto de garantía a la actividad empresarial/profesional del deudor concursado. Si se declara “no necesario” podrá instar la enajenación ante el Juzgado de Primera Instancia, y si es “necesario”, tras la espera del plazo de “enfriamiento” del art. 56 LC, ante el Juez del concurso»⁴⁶⁶.

procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado tras la declaración de concurso ante Juzgado de Primera Instancia.

Con carácter previo a estas resoluciones localizamos jurisprudencia menor que se decantaba por la tesis de no competencia del juez del concurso respecto a tales bienes; así, entre otras, SJM nº 2 de Barcelona 168/2006, de 24 de mayo (Roj: AJM B 41/2006) y SJM nº 1 de Alicante 244/2006, de 29 de septiembre (Roj: AJM A 63/2006), con destacable motivación, en la que expresamente se reconoce: «el juez del concurso solo debe conocer de las ejecuciones de las garantías reales sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o a una unidad productiva». En este sentido, asimismo, AAP de Murcia (Sección 4ª) 190/2015, de 9 de julio (Roj: AAP MU 6/2015) y, haciéndose eco de esta jurisprudencia, RDGRN de 19 de enero de 2017 (BOE nº 32, de 7 de febrero de 2017, pp. 8422 a 8433). En contra, AAP de Barcelona (Sección 15ª) 195/2007, de 28 de junio (Roj: AAP B 4387/2007), con voto particular de SANCHO MARGALLO.

Pero incluso respecto a un bien declarado «afecto» por el juez concursal (como, con anterioridad a la reforma operada por Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, referían los arts. 56 y 57 LC) se sostenía que la competencia objetiva del juez de primera instancia no se pierde automáticamente con la suspensión del procedimiento. Solo una vez expirado el periodo de suspensión, cuando “la remisión de autos se hiciera necesaria” (no, así, si se hubiese aprobado un convenio concursal), y mediare instancia de la parte legitimada para la prosecución del proceso, podía el juez del concurso, previa declaración de procedencia (art. 57.1 LC), requerir la remisión del expediente de ejecución hipotecaria para continuar su tramitación. Hasta que eso no ocurriera la competencia objetiva la seguía conservando el juez de primera instancia. En este sentido, vid. AAP de Madrid (Sección 28ª) 45/2011, de 18 de marzo (Roj: AAP M 3464/2011). En contra, con la que convenimos, SAP (Sección 4ª) de Las Palmas de Gran Canaria 164/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP GC 2065/2011), para la que el juzgado de primera instancia, desde que conste la declaración de concurso, perdía su competencia objetiva. En este asunto se acuerda no solo la suspensión del proceso de ejecución singular sino también la remisión de los autos para su continuación, en su caso, por el juez concursal que es el competente para el alzamiento de la suspensión y la reanudación de la ejecución singular como pieza separada por el mismo procedimiento que se viniera siguiendo *ex art. 57.1 LC*.

⁴⁶⁵ Como hemos referido, así se han pronunciado los AATS (Sala 1ª) nº recurso 975/2016, de 14 de septiembre (Roj: ATS 8207/2016), y nº recurso 1048/2016, de 14 de diciembre (Roj: ATS 11270/2016).

⁴⁶⁶ Cfr. AAP Murcia, 22 de diciembre de 2016. En esta línea, con carácter previo, vid. AAP de Murcia (Sección 4ª) 190/2015, de 9 de julio (Roj: AAP MU 6/2015).

Esta última doctrina jurisprudencial es la que finalmente encuentra proyección legal en el art. 146 TRLC, que hace recaer sobre los titulares del derecho real de garantía la carga de acompañar a la demanda ejecutiva o incorporar al proceso judicial o administrativo el testimonio de la resolución judicial que declare la no necesidad del bien o derecho (art. 146 TRLC).

La opción legal por la que se decanta el TRLC en la configuración de la competencia objetiva respecto a la ejecución sobre bienes o derechos no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado presenta ventajas e inconvenientes.

A favor de que el juez original conserve tal competencia concurren algunos motivos, algunos de ellos esgrimidos por nuestros tribunales. En primer lugar, se alivia la carga del juez del concurso liberándolo de asumir la tramitación y actuaciones en que consisten tales ejecuciones. En segundo lugar, razones de orden procedimental pueden aconsejar esta solución: la tramitación de la pretensión por los cauces del incidente concursal ante la ausencia de previsión legal (arts. 532 y ss. TRLC) puede causar perjuicios en el titular de la garantía⁴⁶⁷. En tercer lugar, relacionado con lo anterior, se evita la perturbación del mercado de crédito «aplicándoles el régimen ordinario (...) tanto en el procedimiento como en el juez competente y evitar que su acumulación al proceso universal (del que sería una pieza) pueda repercutir negativamente en su eficacia»⁴⁶⁸. En cuarto lugar, se garantiza el respeto de la *perpetuatio iurisdictionis* en tanto que extender la jurisdicción del juez del concurso respecto a la ejecución de bienes no necesarios puede considerarse una alteración de aquella injustificable. Y, en fin, razones de eficiencia pueden aconsejar este criterio, al menos respecto a las ejecuciones ya iniciadas, en tanto se evita el traslado de actuaciones y constitución de las partes ante el juez del concurso.

En el lado opuesto, confluyen motivos que justifican sólidamente que debiera ser el juez del concurso quien ostentara la competencia para la tramitación, reanudación y terminación de todas las ejecuciones de garantías reales y acciones asimiladas sobre

⁴⁶⁷ A nuestro juicio, de ser atribuida la competencia al juez del concurso respecto a tales ejecuciones procedería la aplicación de los mismos cauces previstos para la ejecución de las garantías reales sobre bienes o derechos necesarios, «acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda» (art. 148.2 *in fine* TRLC).

⁴⁶⁸ En este sentido, vid. SJM nº 1 de Alicante 244/2006, de 29 de septiembre (Roj: AJM A 63/2006).

bienes del concursado. Como con acierto argumentara la SAP (Sección 4ª) de Las Palmas de Gran Canaria 164/2011, de 28 de octubre⁴⁶⁹, cuyo razonamiento suscribimos íntegramente, sostener tal opción tiene notables bondades.

En primer lugar, es congruente con los principios que rigen el concurso y el aseguramiento del respeto de la *par conditio creditorum* respecto al riguroso control de que en procesos de ejecución singular no se llegue a cobrar en ningún caso cantidad alguna no cubierta por la garantía real objeto de ejecución «siendo muy aconsejable que la administración concursal tenga facilidad para examinar cuidadosamente las liquidaciones de deuda e intereses realizadas, por lo general unilateralmente, por los acreedores con garantía real y de que el sobrante que pueda resultar después del pago de la parte de la deuda garantizada con la hipoteca quede a disposición del concurso para el pago a todos los acreedores -ya que respecto al sobrante la acreedora no gozará del privilegio especial-».

En segundo lugar, la atribución de competencia al juez del concurso respecto de todas las ejecuciones facilita la intervención de la administración concursal y el deudor en las ejecuciones logrando una mayor eficaz defensa del interés de la masa de los acreedores en la conservación del remanente que quede para la masa activa, lo que resulta más complejo cuando coexisten múltiples ejecuciones dispersas en distintos juzgados u órganos administrativos.

En tercer lugar, se facilita que la administración concursal ejercite la opción prevista en el art. 230.2 TRLC durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, y que intervenga en tal condición en los procesos singulares en curso.

En cuarto lugar, la protección de los intereses de los acreedores privilegiados puede ser más eficiente por cuanto podrán obtener con mayor celeridad la resolución de alzamiento de la suspensión acordada y la efectiva reanudación de la ejecución desde que concurren las circunstancias para ello ante el mismo juez del concurso (que es quien se encarga de apreciar que concurren las mismas). Los acreedores privilegiados, de entenderlo así, no tendrían que esperar la obtención de testimonios de las resoluciones del concurso que justificaran el alzamiento de la suspensión para su posterior

⁴⁶⁹ Aun reconociendo que su posición es minoritaria en la jurisprudencia (Roj: AAP GC 2065/2011).

presentación ante el juez de primera instancia (junto a la reanudación del proceso), ni precisarían mantener una doble representación (en el concurso y en la ejecución de la garantía real), incluso con profesionales distintos, para poder intervenir en ambos procesos ante una eventual separación geográfica de estos⁴⁷⁰.

Por último, no debe obviarse que el TRLC reformuló el art. 8.3º LC, adaptándolo a los arts. 145 y ss. TRLC, pero descuidó adecuar el tenor del art. 86 ter.1.3º LOPJ. En la línea de lo ya referido *supra*, la atribución competencial conferida al juez del concurso en esta norma es categórica: «*En todo caso*, la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: (...) Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado». Resulta obvio que cualquier limitación a tal atribución de carácter orgánico exigiría previsión expresa de igual rango⁴⁷¹, lo que constituiría argumento bastante, pese a lo dispuesto en el TRLC, para defender la competencia del juez del concurso en tales ejecuciones.

v. La sustanciación de las ejecuciones ante el juez del concurso y ante el órgano jurisdiccional o administrativo originalmente competente

La sustanciación de las ejecuciones de bienes o derechos necesarios ante el juez del concurso y de bienes y derechos no necesarios ante el órgano competente, finalmente, sigue una tramitación dispar en atención al momento en que sea instada la acción que promueve su inicio o reanudación.

El ejercicio del privilegio procesal de ejecución separada con que se dota a los acreedores con garantía real determina un distinto discurrir en función de la fase del concurso en la que nos encontremos. El art. 149.1 TRLC configura esta realidad: «la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por

⁴⁷⁰ Cfr. SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) 164/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP GC 2065/2011).

⁴⁷¹ No desconocemos que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) queda satisfecho con el rango normativo de ley ordinaria para la atribución de competencias. Como dejara sentado el TC -STC 224/1993, de 1 de julio (BOE nº 183, de 2 de agosto de 1993, pp. 62 a 69-, la expresión «constitución, funcionamiento (...) de los juzgados y tribunales» del art. 122.1 CE alude a la creación de los diversos órganos jurisdiccionales y a la delimitación genérica del ámbito de conocimiento de cada orden jurisdiccional, no a la atribución de las concretas competencias que ha de asumir cada uno de ellos. Sin embargo, lo cierto es que la LOPJ especifica las competencias que a cada uno de ellos le son asignadas lo que exige reforma de igual rango para su modificación.

aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso o no las hubieran iniciado transcurrido un año desde la declaración de concurso».

Identificamos en consecuencia, dejando al margen los sistemas alternativos *supra* referidos, dos modalidades principales para la satisfacción del crédito con garantía real: la ejecución individual o separada, que garantiza la realización individual del bien afecto, y la ejecución colectiva, que procura la enajenación conforme al plan de liquidación o, en su defecto, según las reglas supletorias de liquidación (arts. 415 a 422 TRLC). En ambas subsiste, como es lógico, el privilegio sustantivo de cobro preferente con cargo al bien afecto (art. 430.1 TRLC).

Así pues, la ejecución individual está prevista para las acciones, respecto de las que no opere la paralización en los términos de los art. 145, 146 y 148 TRLC, promovidas durante las fases común y de convenio. Y, en este último caso, siempre que el acreedor no se hubiera adherido al concurso y, por tanto, no le resulte extensible el contenido de lo en él acordado (arts. 397 y 398 TRLC).

Estas ejecuciones, decidida su procedencia, deben ser sustanciadas por el órgano competente. En el supuesto de acreditación de la no necesidad del bien o derecho, el art. 146 TRLC no prevé especialidades, iniciándose la ejecución o alzándose la suspensión por los cauces ordinarios. No ocurre igual respecto a los bienes o derechos necesarios: el juez del concurso debe acomodar «las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda» (art. 148.2 *in fine* TRLC). Esto es, los procesos en trámite continuarán por los cauces por los que se viniera desarrollando, y las ejecuciones nuevas seguirán los trámites de la ejecución o realización judicial o extrajudicial por la que opte el acreedor garantizado. Ninguna de estas ejecuciones podrán ya ser «suspendidas por razón de las vicisitudes propias del concurso» (art. 148.3 TRLC)⁴⁷².

No es posible, sin embargo, al menos sin destacadas dosis de improvisación, cohonestar la atribución competencial del juez del concurso, a la vez que se respeta la sustanciación por «las normas propias del procedimiento (...) extrajudicial que

⁴⁷² *A sensu contrario*, solo serán posibles las suspensiones propias de las normas del procedimiento de que se trate (v.gr., arts. 569 LEC -prejudicialidad penal- y 598 LEC -tercería de dominio- para la ejecución ordinaria, o arts. 696 LEC -tercería de dominio- y 697 LEC -prejudicialidad penal- para la ejecución hipotecaria). En este sentido, RIBELLES, «Comentario al artículo 57», cit., p. 306.

corresponda». Doctrinalmente, este mandato ha sido interpretado en el sentido de entender que exclusivamente corresponde al juez del concurso decidir acerca de la procedencia de la ejecución extrajudicial, con funciones limitadas al control de cumplimiento de la tramitación establecida⁴⁷³.

Distinto régimen jurídico resulta aplicable tras la apertura de la fase de liquidación. Esta tiene un destacado impacto en el discurrir de las garantías reales constituidas sobre los bienes del concursado. Principalmente, por cuanto la enajenación de los bienes deberá realizarse en la ejecución colectiva (*a sensu contrario*, art. 149.1, primer inciso, TRLC), con sometimiento al plan o a las reglas supletorias de liquidación (arts. 415 a 422 TRLC), y «las ejecuciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se acumularán al concurso de acreedores como pieza separada. Desde que se produzca la acumulación, la suspensión quedará sin efecto» (art. 149.2 TRLC).

Ahora bien, esta ejecución en pieza separada no es automática⁴⁷⁴. No le corresponde al administrador concursal prever tal extremo, aunque pueda contemplarlo al elaborar el plan de liquidación. Así se ha entendido jurisprudencialmente; resulta lógico que sea el acreedor interesado quien inste la ejecución en pieza separada en el plazo que concede el art. 418.2 TRLC para formular observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración. Transcurrido este plazo sin que el acreedor haga valer su derecho de ejecución separada, se debe entender precluida tal posibilidad⁴⁷⁵, con realización colectiva del activo según el plan o las reglas supletorias de liquidación⁴⁷⁶.

⁴⁷³ En este sentido, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., p. 1076.

⁴⁷⁴ CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 57», cit., pp. 623 y 624.

⁴⁷⁵ Entre otras, respecto al art. 148.2 LC (actual art. 418.2 TRLC en este punto), vid. SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 263/2008, de 24 de abril (Roj: SAP PO 1384/2008), que entendió, respecto a un crédito con privilegio especial de la TGSS, que el silencio o la pasividad de esta en el trámite de alegaciones determinaba el decaimiento del privilegio de ejecución separada.

⁴⁷⁶ A este respecto, el AAP de Murcia (Sección 4ª) 190/2015, de 9 de julio (Roj: AAP MU 6/2015) señala: «Es cierto que la LC no prevé el momento final para realizar esa solicitud de reanudación separada, pero no tiene sentido que se efectúe una vez aprobado el plan de liquidación ya que: (i) la LC lo que prevé es la realización autónoma en pieza separada, al margen de las vicisitudes del proceso de liquidación colectiva; (ii) simultanear dos formas de realización (una colectiva y otra singular) del mismo activo colisiona no solo el principio de economía procesal (en evitación de actos procesales sin resultado final) sino de eficiencia, ya que carece de sentido duplicar el esfuerzo de la administración de justicia para obtener lo mismo: la enajenación del mismo bien, y (iii) admitir la solicitud tras la aprobación del plan implica su vaciamiento, excluyendo de la ejecución colectiva activos comprendidos en el mismo, cuando previamente el acreedor especialmente privilegiado ha consentido su inclusión en el plan sin hacer manifestación alguna en contra. Hay que entender que si no se opone se entiende renunciado a ese

Finalmente y con irrelevancia de la fase en la que nos situemos, en la realización de estos bienes y derechos afectos al crédito con privilegio especial se impone una limitación más: la realización se debe hacer en subasta (art. 209 TRLC), judicial (arts. 655 y ss. LEC) o extrajudicial (arts. 72 y ss. Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862)⁴⁷⁷. A salvo queda que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor privilegiado especial, el juez autorice la realización directa (art. 210 TRLC) o la dación en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe (art. 211 TRLC). La solicitud se ha de tramitar a través del procedimiento establecido en el art. 518 TRLC para la obtención de autorizaciones judiciales (arts. 210.2 y 211.2 TRLC).

Respecto a esta última forma de realización, con la dación en pago quedará completamente satisfecho el crédito con privilegio especial (art. 211.3 TRLC); con la cesión para el pago, en cambio, se establece que la autorización judicial debe exigir que la realización del bien o derecho vinculado «se efectúe por un valor no inferior al de mercado según la tasación oficial actualizada por entidad especializada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles». El remanente, de existir, acrecentará la masa activa; de no conseguirse la completa satisfacción, el resto del crédito debe ser reconocido en el concurso con la calificación que corresponda (art. 211.2 TRLC).

derecho de ejecución separada». De igual modo es reconocido en AAP de Granada (Sección 3ª) 212/2016, de 15 de noviembre de 2016 (Roj: AAP GR 545/2016), AJM nº 6 de Madrid nº recurso 842/2012, de 6 de junio de 2017 (Roj: AJM M 61/2017), AJM nº 6 de Madrid nº recurso 326/2016, de 12 de junio de 2018 (Roj: AJM M 82/2018) y AJM nº 6 de Madrid nº recurso 131/2011, de 13 de noviembre de 2018 (Roj: AJM M 158/2018).

⁴⁷⁷ El art. 209 TRLC debe ponerse en relación con el art. 148.2 *in fine* TRLC. Como ya sabemos, el juez del concurso está obligado, una vez iniciadas o reanudadas las ejecuciones de las garantías reales *ex art.* 148.1 TRLC, «a acomodar las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda». Cuestión distinta es que se haya abierto la fase de liquidación y en las ejecuciones suspendidas no se hubiese instado la ejecución en pieza separada. En estos casos, regirá lo aprobado en el plan de liquidación, con aplicación supletoria de lo dispuesto en la LEC para el procedimiento de apremio (art. 421 TRLC).

En el supuesto de hecho que subyace en la RDGRN de 18 de enero de 2018 (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018, pp. 12666 a 12696) y ante la ausencia de previsión en el plan de liquidación aprobado, la administración concursal plantea al juez cuál es el tipo de subasta procedente. Este resuelve indicando que la subasta podía ser, a criterio del administrador concursal, judicial (arts. 655 y ss. LEC), o extrajudicial (arts. 72 y ss. LN), aunque esta última se debía sujetar en el fondo a lo previsto en los arts. 655 y ss. LEC. En cualquier caso, tanto de seguirse los trámites de la subasta judicial como de la extrajudicial, son precisas adaptaciones de aquellas normas a la situación de concurso (al respecto, *vid.* QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 155», *cit.*, pp. 1684 y 1685).

Respecto a la realización directa⁴⁷⁸, la autorización queda condicionada a que la oferta lo sea por un precio superior al mínimo que se hubiese pactado al constituir la garantía, con pago al contado (art. 210.3, primer inciso, TRLC). Excepcionalmente, el juez puede autorizar tal realización «por un precio inferior si el concursado y el acreedor o los acreedores con privilegio especial lo aceptasen de forma expresa» (art. 210.3, segundo inciso, TRLC)⁴⁷⁹.

Sin excepción, tales preceptos (arts. 210 y 211 TRLC) deben ser respetados, sin que el eventual plan de liquidación aprobado pueda condicionar su eficacia (art. 415.3 TRLC). También el art. 214 TRLC, destinado a regular el tratamiento de los bienes y derechos de la masa activa afectos a créditos con privilegio especial que se incluyen en los establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas enajenadas en conjunto.

Esto, empero, no siempre ha sido así. Es relevante tener presente que, para la fase de liquidación, las especialidades introducidas en el derogado art. 149 LC, consecuencia de las reformas operadas por Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo, y que hallan reflejo en el vigente art. 214 TRLC, transformaron el régimen de enajenación en el concurso de acreedores, especialmente en relación a las unidades productivas.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría con la redacción del art. 149.2 LC anterior a las aludidas reformas⁴⁸⁰, el vigente art. 214 TRLC regula detalladamente la

⁴⁷⁸ Junto a la venta directa, parece admisible la enajenación por persona o entidad especializada (art. 641 LEC) -de esta opinión, respecto a la redacción originaria de la LC, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., pp. 1076 y 1077, y GARRIDO, «Comentario al artículo 155», cit., p. 2460-. El TRLC, sin embargo, en sede de enajenación de bienes o derechos afectos a privilegio especial, guarda silencio. No ocurre igual en el tratamiento de la enajenación de unidades productivas donde expresamente se habilita esta posibilidad (art. 216 TRLC).

⁴⁷⁹ El precepto continúa indicando: «siempre y cuando se efectúe a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles». El art. 210.4 TRLC añade: «Concedida la autorización judicial, las condiciones fijadas para la realización se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto y, si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentase en el juzgado mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes determinando la fianza que hayan de prestar para participar en ella».

⁴⁸⁰ Era complejo determinar entonces si el plan de liquidación primaba sobre el art. 155.4 LC, que solo regía supletoriamente en defecto de previsión expresa en el plan, o, por el contrario, el art. 155.4 LC resultaba de aplicación preferente, a pesar de lo dispuesto en el plan.

En la jurisprudencia menor, a favor de entender de preferente aplicación el plan de liquidación, entre otros, vid. AAP de Girona (Sección 1ª) 18/2012, de 1 de febrero (Roj: AAP GI 29/2012), AAP de Barcelona (Sección 15ª) 36/2013, de 11 de marzo (Roj: AAP B 736/2013), 86/2014, de 14 de julio (Roj: AAP B 256/2014) y 147/2014, 25 de noviembre (AAP B 837/2014) y AAP de Murcia (Sección 4ª) 190/2015, de 9 de julio (Roj: AAP MU 6/2015). En contra, entre otros, AAP de Córdoba (Sección 1ª)

participación de los acreedores hipotecarios en la realización de establecimientos, explotaciones o unidades productivas que incluyen bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, clarificando el panorama existente e imponiendo un marco de preceptivo cumplimiento con indiferencia de lo dispuesto en el plan.

De esta suerte, si el bien o derecho afecto no se encuentra integrado en el establecimiento o unidad productiva, objeto de transmisión, son de aplicación los art. 209 y ss. TRLC. Ahora bien, si el bien o derecho afecto sí está integrado, operan una serie de reglas concretas que discriminan distintas hipótesis en función del resultado de la transmisión: si los bienes afectos se transmiten con subsistencia de la garantía o sin ella; y, en este último supuesto, a su vez, atendiendo a si el precio a percibir alcanza o no el valor de aquella garantía (art. 214.1.1ª TRLC). En rigor, esta norma constituye una adaptación del régimen previsto en el art. 210.3 TRLC a la transmisión de unidades productivas, garantizando, cuando es necesario, un preceptivo consentimiento de los acreedores privilegiados.

Esta aquiescencia es requerida exclusivamente cuando la venta de la unidad productiva afecte a varios acreedores con privilegio especial con derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en aquella unidad y el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía. En estos supuestos, se exige la conformidad de, al menos, el 75 por

284/2015, de 3 de junio (Roj: AAP CO 174/2015), AAP de Valencia (Sección 9ª) 1238/2016, de 27 de julio de 2016 (Roj: AAP V 167/2016) y 453/2017, de 5 de abril de 2017 (Roj: AAP V 934/2017), AAP de Madrid (Sección 28ª) 199/2015, de 5 de octubre (Roj: AAP M 1057/2015), 58/2006, de 11 de abril (Roj: AAP M 412/2016) y 74/2016, de 17 de mayo (Roj: AAP M 498/2016).

La STS (Sala 1ª) 491/2013, de 23 de julio (Roj: STS 4079/2013), al resolver sobre la venta de un bien con subrogación del adquirente en la deuda garantizada con la hipoteca, parecía postularse por la segunda tesis: «El plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario del art. 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el art. 155 LC». La STS (Sala 1ª) 247/2016, de 13 de abril (Roj: STS 1628/2016), y, de manera definitiva, la STS (Sala 1ª) 625/2017, de 21 de noviembre (Roj: STS 4095/2017), se decantan por esta opción. En la primera se podía intuir esta solución al reconocer: «pese a lo que se contenía en el plan de liquidación, no cabía imponer al acreedor hipotecario una adjudicación del bien hipotecado por el 80% del valor de tasación cuando esa cifra sea mayor a la cantidad que se le deba por todos los conceptos, por contrariar los derechos que como acreedor con privilegio especial se le reconocen en el art. 155 LC». Pero es en la segunda resolución donde se sostiene que es preciso salvaguardar el mandato contenido en el art. 155.4 LC: «bajo las condiciones contenidas en aquel art. 155.4 LC, para que pudiera autorizarse la realización del bien hipotecado dentro de una unidad productiva, si la parte del precio ofrecido por esta que correspondía al bien hipotecado era inferior al crédito garantizado con la hipoteca, era necesaria la aceptación del acreedor hipotecario. Esta regla debía operar tanto si la transmisión de la unidad productiva, que incluía el bien hipotecado, se hacía con arreglo a las reglas legales supletorias del art. 149 LC, como si se realizaba conforme a un plan de liquidación».

Sobre la cuestión, vid. FUENTES DEVESA, «La venta de finca hipotecada en la liquidación concursal, en especial en caso de venta de unidad productiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 625/2017, de 21 de noviembre de 2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2018, pp. 55 a 68.

cierto del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión (art. 214.1.1ª-II TRLC)⁴⁸¹. El derecho de arrastre así reconocido mitiga la exigencia de consentimiento unánime y facilita la venta de la unidad productiva⁴⁸².

Registralmente, la constancia de tal consentimiento en el mandamiento judicial que dirija el órgano jurisdiccional al Registrador de la Propiedad no es baladí. Como confirmara el TS, en lógica concordancia con lo que exponemos seguidamente, en la realización directa de los bienes afectos a privilegio especial, es preciso que en el referido mandamiento se haga constancia expresa del cumplimiento de los requisitos legales de tal precepto, incluida la anuencia del acreedor/es afectado/s cuando el precio asignado al bien hipotecado no cubra la totalidad del crédito garantizado. Solo así puede el Registrador verificar que los acreedores con privilegio especial han tenido el oportuno conocimiento de la enajenación y proceder a la cancelación de la hipoteca y posterior inscripción⁴⁸³.

d. Previsiones registrales

Como referíamos *supra*, junto a las previsiones contenidas en los arts. 109 y 321.2 y 558.2 TRLC, existe un segundo filtro registral para garantizar la conservación de la masa activa y evitar mermas patrimoniales que malogren el buen discurrir del concurso, a saber: practicada la anotación preventiva o la inscripción de la declaración

⁴⁸¹ En los supuestos en los que el precio a percibir fuese igual o superior al valor de garantía (art. 214.1.1ª-III TRLC) o la transmisión del establecimiento o unidad productiva se produzca con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor (art. 214.1.2ª TRLC), no es necesario el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

⁴⁸² Vid. STS (Sala 1ª) 625/2017, de 21 de noviembre (Roj: STS 4095/2017).

⁴⁸³ Sobre este asunto, vid. los interesantes pronunciamientos contenidos en RDGRN de 18 de enero de 2018 (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018, pp. 12666 a 12696) y en STS (Sala 1ª) 625/2017, de 21 de noviembre (Roj: STS 4095/2017). En ambas resoluciones se reconoce la facultad de la registradora de revisar que en el mandamiento o en el auto que autoriza la realización conforme al derogado art. 155.4-II LC constan cumplidos los requisitos para ello. De este modo, se deniega que la calificación negativa emitida por la registradora constituyera una injerencia en la función jurisdiccional, con perturbación del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, si bien la función calificadora -arts. 18 LH y 100 RH- no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, sí le habilita para comprobar que en este se deja constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. Sobre tales aspectos registrales en la doctrina del TS, puede verse MARTÍN MARTÍN, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 (625/2017)», cit., pp. 79 y ss.

También de interés sobre la materia, vid. RDGRN de 29 de septiembre de 2015 (BOE nº 253, de 22 de octubre de 2015, pp. 98945 a 98957). En esta resolución, referida al art. 155.4 LC, se exige que en el mandamiento judicial remitido al registro conste que se ha dado conocimiento a los titulares registrales de la hipoteca tanto del plan de liquidación como de las medidas para la satisfacción de su crédito con privilegio especial. De otro modo, refiere la resolución, la cancelación de la hipoteca no puede ser decretada por el juez.

de concurso «no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de este, sin más excepciones que las establecidas en esta ley» (art. 37.2 TRLC).

Esta previsión constituye una consecuencia registral lógica derivada de la doble regla general estipulada en el TRLC, proyección de la especial e intensa afección patrimonial que provoca la declaración de concurso: el no inicio o suspensión de las ejecuciones singulares, incluidas las referidas a acreedores con garantía real, y los apremios administrativos una vez aquel es declarado, con las excepciones y límites temporales que establece la norma (arts. 142 a 151 TRLC); y la atribución general de jurisdicción exclusiva y excluyente al juez del concurso respecto a las ejecuciones frente a los bienes y derechos de la masa activa, amén de las excepciones referidas, cualquiera que fuera el órgano que la hubiera ordenado (arts. 55.2º, 144.1, 146 y 148 TRLC; cfr. art. 86 ter.1.3º LOPJ).

Ambas previsiones impiden el acceso al registro de la propiedad de cualquier inscripción de adjudicación o remate de un bien de la masa activa procedente de un procedimiento de ejecución no tramitado ante el juez del concurso así como la anotación preventiva de todo mandamiento de embargo extendida por un juez distinto al concursal u órgano administrativo (arts. 100 LH y 100 y 202 RH); asimismo, la entrada de documentos que dispongan la realización de garantías reales constituidas sobre los bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial del concursado y no sustanciados ante el juez del concurso, cuando procedan de ejecuciones judiciales, o deriven de actuaciones extrajudiciales que los acreedores hubieran promovido (arts. 145 y ss. TRLC)⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 540, y 541, y SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1079 y 1080. Como señalan estos autores, entre tales actuaciones extrajudiciales encontramos los títulos generados que permiten al vendedor solicitar la reinscripción a su favor del inmueble vendido con precio aplazado, y que es garantizado con condición resolutoria explícita (arts. 1504 CC y 175.6º RH), o la ejecución hipotecaria ante notario hábil para actuar en el lugar en que se halle la finca (arts. 129 LH y 234 a 236-o RH).

Respecto al registro de bienes muebles, igualmente se denegará la inscripción de aquellos negocios jurídicos de cesión por actos *inter vivos* o de adjudicación *mortis causa* de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento [art. 68.a) y b) LHM] o de los derechos del vendedor, arrendador o financiador [art. 68.d) LHM y 5.a) de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles de 19 de julio de 1999]. De otro lado, de igual modo ocurre respecto a la inscripción de adjudicaciones consecuencia de la ejecución de garantías constituidas sobre las acciones nominativas o las participaciones sociales en el registro de acciones nominativas en las sociedades anónimas y en el libro registro de socios en las sociedades de responsabilidad limitada -arts. 322

Siendo esto así y consecuencia de la referida atribución exclusiva y excluyente al juez del concurso en los términos descritos, anotada la declaración de concurso, se observan notables consecuencias registrales respecto a los referidos procesos o apremios, exhibición de la aludida afección patrimonial.

De una parte, decae la eficacia de los embargos previos a la declaración de concurso, aunque subsista la anotación, y procede la cancelación de las anotaciones anteriores a su inscripción (arts. 79.2º LH y 206.2º RH). En efecto, aunque el cierre registral es reconocido exclusivamente frente a los «embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso» no acordados por el juez del concurso, los procesos en los que se hubiera dictado diligencia de embargo con carácter previo serán suspendidos (art. 143.1 TRLC), con excepción de aquellos que pueden continuar por habilitación legal expresa (art. 144.1 TRLC). Esto es, los créditos cuya satisfacción pretendía ser realizada a través de los apremios administrativos o ejecuciones singulares ahora suspendidos recibirán el «tratamiento concursal que corresponda» (art. 143.1 TRLC), de tal suerte que serán objeto de reparación en virtud de la eficacia extensiva del convenio (arts. 396, 397 y 399 TRLC) o de lo acordado para la liquidación (arts. 415 a 422 TRLC).

Por lo visto, en consecuencia, gozarán de acceso al registro los embargos acordados con anterioridad a la declaración de concurso, aunque ya hubiera sido extendida la anotación, si bien solo se anuda eficacia en caso de revocación del auto de declaración (art. 465.1º TRLC), y siempre que el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, no hubiera acordado con carácter previo el levantamiento y cancelación del embargos trabado por dificultar gravemente su mantenimiento la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 143.2 TRLC)⁴⁸⁵.

Esta afirmación es extensible a los bienes necesarios y, con las salvedades del art. 144.1 TRLC, a los no necesarios. En las prerrogativas a favor de las ejecuciones laborales y procedimientos administrativos en ejecución *ex art.* 144.1 TRLC, para que tenga acceso al registro el título de inscripción que documente la aprobación del remate o la adjudicación al acreedor y, en su caso, el mandamiento de cancelación de cargas

CCom/1885 y 132 TRLSC- (vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., pp. 547 y 548).

⁴⁸⁵ El levantamiento y cancelación descrito queda excluido para el órgano jurisdiccional respecto a los embargos administrativos (art. 143.2 *in fine* TRLC).

(arts. 673 y 674 LEC y 133 y 134 LH), es necesaria la previa inscripción de la resolución del juez del concurso acordando la no necesidad del bien.

En los procesos de ejecución forzosa de garantías reales nuevos (art. 145.1 TRLC) o suspendidos (art. 145.2 TRLC) operan algunas especialidades.

El cierre del registro opera desde la anotación de la declaración de concurso⁴⁸⁶, con subordinación al criterio del juez del concurso para que los actos de transmisión dominical en sede judicial distinta o extrajudicial instadas por los titulares de la garantía real puedan ser inscritas. Ello exige discriminar entre bienes necesarios o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado.

Respecto a estos últimos, registralmente, es doctrina consolidada que la ulterior inscripción de la realización requiere de aportación de la resolución del juez del concurso declarando la no necesidad del bien⁴⁸⁷. Algo completamente lógico si se atiende a que la declaración judicial pronunciándose sobre tal carácter del bien constituye una modificación de los derechos inscritos delimitante de las condiciones para su ejercicio⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ No es aplicable a esta anotación el art. 145 RH, previsto para las prohibiciones de disponer o enajenar que deben su origen inmediato a una resolución judicial o administrativa (arts. 26.2º y 42.4º LH). El acceso al registro es vetado no solo respecto a las inscripciones o anotaciones de los actos de disposición realizados tras la declaración de concurso, sino en relación a otras inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación. Como señalan SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 541: «No se trata aquí de un problema de prioridad registral, sino de la existencia de un régimen legal que limita temporalmente el ejercicio de las acciones derivadas de los derechos reales de garantía».

⁴⁸⁷ Vid. RDGRN de 6 de noviembre de 2012 (BOE nº 297, de 11 de diciembre de 2012, pp. 84860 a 84867) y 15 de febrero de 2013 (BOE nº 67, de 19 de marzo de 2013, pp. 21981 a 21986). En ambos se estaba sustanciando un proceso de ejecución hipotecaria, con declaración posterior de concurso que se inscribe en el registro. Tras la realización del bien en aquella ejecución se presenta mandamiento judicial en el que se incorpora decreto de adjudicación y cancelación de cargas. El registrador acuerda no proceder a la inscripción en tanto no conste por resolución del juez del concurso que los bienes sobre los que recae la hipoteca no resultan necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. La DGRN confirma la nota.

⁴⁸⁸ Como han apuntado SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., pp. 1053, 1054, 1066 y 1067, aunque la declaración de concurso produce *ex lege* la paralización de las ejecuciones, la oponibilidad frente a terceros precisa de la práctica de la pertinente anotación en los Registros (art. 37 TRLC), fundamentalmente respecto a las garantías inmobiliarias en aplicación de su régimen general (arts. 605 CC y 1 y 2 LH). La anotación de concurso impide que pueda iniciarse un procedimiento de ejecución singular sobre los bienes que integran la masa activa por cuanto el registrador, al expedir la oportuna certificación de dominio y cargas, así lo pondrá de manifiesto (arts. 656 y 688 LEC); también si la ejecución estuviera ya iniciada y se extendiera anotación posterior, que esta continúe dada la obligación del registrador de notificar al juez la extensión de asientos que pudieran afectar a la ejecución (arts. 135 LH, 143 RH y 688.2 LEC). Cuestión distinta es que, respecto a los bienes no necesarios, conste en el registro la declaración del juez del concurso de no necesidad del bien, en cuyo caso, procederá a la inscripción de los títulos resulten de la ejecución o realización de la garantía real en procedimiento seguido ante un juez o autoridad distinto del órgano jurisdiccional del concurso. En caso contrario, de no

En definitiva, toda ejecución o apremio asociado a la realización de cualquier bien que integre la masa activa durante el concurso, en ejecución separada o colectiva, se halla sometida al juez del concurso. De otro modo, de no concurrir tal presupuesto jurisdiccional de competencia objetiva por parte del órgano remitente del mandamiento o aportación de la resolución que declara la no necesidad del bien⁴⁸⁹, procederá la denegación de la inscripción por concurrencia de un vicio de nulidad [arts. 18-I LH, 100 RH, 238.1º LOPJ y 225.1º LEC; vid. también arts. 33, 40 d) y 79.4º LH]. En tales accesos al Registro, el control de calificación que debe llevar a cabo el registrador se circunscribe únicamente al examen de tal competencia⁴⁹⁰.

constar tal declaración, el registrador denegará la inscripción de cualquier título (arts. 18 y 100 LH y 100 RH).

Como es lógico, en el inverso, la ausencia de práctica de anotación de declaración de concurso puede determinar la realización de la garantía por el acreedor al margen del proceso concursal, pues el órgano jurisdiccional ordinario no tendrá noticia de su existencia. Y aunque las actuaciones fueran nulas de pleno derecho (art. 6.1 CC, 225.1º LEC y 238.1º LOPJ), la inscripción del título en el registro derivadas de aquella realización podría determinar que la adquisición, de ser el tercero de buena fe, deviniera inatacable (arts. 32 y 34 LH y 233 y 235.4 y 5 TRLC).

La eficacia de la publicidad de las garantías mobiliarias, siguiendo también SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 57», cit., p. 1054, y con base en lo que exponíamos *supra*, es de menor alcance por la naturaleza de sus registros. En cualquier caso, es complejo que el acreedor con garantía mobiliaria pueda proceder a su realización. En efecto, cuando los bienes estén en poder del deudor, la paralización de la realización no debe generar problemas en tanto que esta exige el depósito o la entrega de los bienes -arts. 687 y 694 LEC y 16.2b) y DA 1ª LVP-, algo difícilmente realizable por el acreedor garante una vez dictado el auto de declaración de concurso. Solo en el supuesto de prenda ordinaria, en tanto que el acreedor mantiene la posesión (art. 1863 CC), podríamos plantear una eventual enajenación en subasta ante notario (arts. 1872 CC), con posible aparición de un tercero protegido (art. 464-II CC). Esta posibilidad, sin embargo, es también altamente improbable dada la necesidad de que en la referida subasta para la enajenación de la prenda se cite al deudor (art. 1872 CC).

⁴⁸⁹ Con carácter general, es título bastante para la inscripción en el registro de la propiedad «el testimonio, expedido por el letrado de la administración de justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria» (art. 673-I LEC). A instancia del adquirente, el letrado de la administración de justicia expedirá también mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación (art. 674-I LEC). Asimismo, mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de solicitar la certificación de dominio y cargas haciendo constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados (art. 674-II LEC).

En el caso de procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca y resto de cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas, procede tras la extensión del testimonio expedido por el letrado de la administración de justicia, comprensivo del decreto de remate o adjudicación del que resulte la consignación del precio y del mandamiento de cancelación de cargas (arts. 133-I y 134-I LH). Ambos podrán constar en un único documento (art. 133-II LH).

⁴⁹⁰ Al respecto, vid. SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 56», cit., p. 1080. Teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 118 CE y 17 LOPJ, no cabe, en cambio, que el registrador se adentre, con la calificación, a comprobar la concurrencia de los presupuestos sustantivos que habilitan el ejercicio del derecho real de garantía. Sobre la negativa a que la calificación del registrador se extienda al fundamento de la resolución judicial, vid. resoluciones de la DGRN de 23 de julio de 2011 (BOE nº 235,

Como sabemos, aprobado el convenio y reflejo de la atenuación de la afección patrimonial, la anotación de las medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y disposición del deudor acordadas, en línea con lo expuesto *supra*, goza de un efecto más débil y no atribuye preferencia crediticia a favor de sus titulares⁴⁹¹. Es más, en todo caso, se haya acordado o no tal limitación, parece admitirse la práctica de anotaciones de embargo posteriores a tal aprobación, e, incluso, la enajenación forzosa de los bienes⁴⁹².

de 29 de septiembre de 2011, pp. 102457 a 102460; y de igual fecha y publicada en el mismo BOE, resolución en pp. 102461 a 102467), 11 de octubre de 2013 (BOE nº 272, de 13 de noviembre de 2013, pp. 90815 a 90818), de 18 de enero de 2018 (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018, pp. 12666 a 12696), 20 de abril de 2018 (BOE nº 111, de 8 de mayo de 2018, pp. 48638 a 48651), dos resoluciones de 6 de septiembre de 2018 (BOE nº 233, de 26 de septiembre de 2018, pp. 92588 a 92599 y 92600 a 92614), 26 de octubre de 2018 (BOE nº 279, de 19 de noviembre de 2018, pp. 112252 a 112261), 22 de febrero de 2019 (BOE nº 63, de 14 de marzo de 2019, pp. 25000 a 25009), 28 de marzo de 2019 (BOE nº 91, de 16 de abril de 2019, pp. 39874 a 39886), 5 de abril de 2019 (BOE nº 98, de 24 de abril de 2019, pp. 41879 a 41886), 25 de abril de 2019 (BOE nº 114, de 13 de mayo de 2019, pp. 50627 a 50636), de 13 de junio de 2019 (BOE nº 163, de 9 de julio de 2019, pp. 73539 a 73557). De interés sobre la materia, STS 625/2017, de 21 de noviembre (Roj: STS 4095/2017).

De igual modo debe proceder el registrador al calificar el título judicial respecto a las garantías que consten en los registros de bienes muebles, rechazando tanto los embargos como los mandamientos de cancelación de la garantía que no procedan del juez del concurso, salvo que haya constancia de la no necesidad del bien decretado por este mismo juez -arts. 68.d) y e) y 72.b) LHM y 4.g) y m) y 5.a) Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles-. Respecto a las garantías constituidas sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta (art. 12 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores -en adelante, LMV-), sobre acciones nominativas (art. 116 TRLSC) o sobre participaciones sociales (arts. 104 y 105 TRLSC) no hay previsión normativa análoga en tales textos, pero es plenamente aplicable el tenor del art. 37 TRLC, no debiendo la entidad encargada de la llevanza del registro de anotaciones en cuenta (art. 8 LMV) ni los administradores de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en su registro de acciones nominativas y libro registro de socios, respectivamente, anotar sobre los bienes del deudor más embargos o secuestros que los acordados por el juez del concurso -art. 133 TRLSC- (cfr. *ibídem*, p. 1080). Respecto a la Oficina de Patentes y Marcas, cabe predicar iguales conclusiones (art. 79 Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, y art. 49 Ley 17/2011, de 7 de diciembre, de Marcas).

⁴⁹¹ En este sentido, la preferencia de cobro que estipula el art. 44 LH no es aplicable al concurso, que dispone de su propio sistema de privilegios (cfr. CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 137», cit., p. 1505).

⁴⁹² Con carácter general, las prohibiciones de disponer legales o voluntarias no determinan el cierre registral, entre otras, de las anotaciones de embargo por deudas del propietario gravado con la prohibición (sobre el resto, vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 209 y 210). Es comúnmente admitido que el no cierre del registro de tal anotación esté justificado ante la necesidad de garantizar el recto cumplimiento del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). De otro modo, esto es, de no ser permitido el acceso al Registro de la anotación de embargo, tal principio vertebrador sufriría destacadas mermas. No es, sin embargo, tan pacífica la viabilidad de la ejecución forzosa posterior. Generalmente se ha entendido que las ejecuciones derivadas de tales embargos no son posibles en tanto supone «traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado, así como su poder de disposición, con olvido de los posibles derechos que terceras personas ostentan sobre los referidos inmuebles» (en este sentido, RDGRN de 5 de septiembre de 1974). Esta, empero, no es la única interpretación posible. En efecto, como afirma GÓMEZ GÁLLIGO, esto no es así si se interpreta que el título constitutivo de la prohibición -si es voluntaria- o de la ley -si es legal- restringe su eficacia a los actos dispositivos voluntarios, excluyendo las disposiciones forzosas derivadas de apremio [*ibídem*, pp. 207 y 208; sostienen esta orientación las RDGRN de 29 de diciembre de 1977, de 22 de febrero de 1989 (BOE nº 62, de 14 de marzo de 1989, pp. 7128 a 7130), de 13 de abril de 2012 (BOE nº 121, de 21 de mayo de 2012, pp. 36753 a 36760) y de 31 de enero de 2013 (BOE nº 49, de 26 de

Así se deduce del art. 407.2-I TRLC que, al permitir a cualquier acreedor instar la apertura de la liquidación cuando acredite la existencia de alguno de los hechos externos reveladores del estado de insolvencia (art. 2.4 TRLC), incluye la posibilidad de que concurren embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor tras la aprobación del convenio (art. 2.4.3º TRLC); de igual modo se infiere, fundamentalmente, de lo dispuesto en los arts. 148 y 248 TRLC. Nótese que, en virtud de tales preceptos, desde la aprobación y eficacia del convenio, queda expedita la vía para el inicio de ejecuciones judiciales y administrativas con los que hacer efectivos los créditos contra la masa (art. 248.1 TRLC), así como para la ejecución de los bienes o derechos sobre los que recae garantía real (art. 148.1 TRLC).

b) La afección patrimonial y otros efectos de la declaración de concurso sobre los créditos. En particular, sobre la suspensión del devengo de intereses (art. 152 TRLC), la compensación (art. 153 TRLC) y la suspensión del derecho de retención (art. 154 TRLC)

La declaración de concurso entraña un destacado impacto en las reglas ordinarias que operan en el tráfico civil y mercantil. Consecuencia del auto que constituye la nueva situación jurídica, se modulan algunas de aquellas normas en aras a reforzar la integridad de la masa, evitando menoscabos injustificados en sede concursal, con sujeción de todos los acreedores a un especialísimo régimen común.

Al tratamiento jurídico expuesto, se adicionan otras reglas extraordinarias que acompañan a la afección patrimonial en relación a la interrupción del devengo de intereses (art. 152 TRLC), a la compensación de los créditos (art. 153 TRLC), y a la suspensión del derecho de retención sobre los bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 154 TRLC).

febrero de 2013, pp. 15695 a 15698)]. En el concurso que aboca directamente en liquidación tales consideraciones no son válidas dado el especial régimen jurídico al que quedan sometidos todos los créditos. De este modo, más allá de la nula virtualidad que puede tener la anotación del embargo como medida dirigida a asegurar la efectividad de la traba en este escenario, los créditos son satisfechos atendiendo a lo dispuesto en los arts. 269 y ss. y arts. 429 y ss. TRLC. En el caso de aprobación de convenio y desde su eficacia, a nuestro juicio, siguiendo esta última interpretación, y, por tanto, al margen de que se haya o no acordado la limitación patrimonial convencional, procederá la ejecución forzosa (y, en su caso, con carácter previo, la anotación de embargo) para hacer valer determinados créditos: de este modo, sin excepción, los créditos contra la masa al amparo del art. 248 TRLC, y, de no ser extensible el convenio, los créditos con privilegio especial a tenor del art. 430 TRLC; de ser aplicable el convenio a estos últimos (vid. art. 397 TRLC), habrá que estar a él en cuanto a las condiciones de exigibilidad del crédito (art. 398 TRLC).

La primera norma (art. 152 TRLC) constituye un efecto automático de la declaración de concurso: desde entonces opera *ope legis* la suspensión del devengo de intereses. Es irrelevante el origen del interés (legal o convencional), su carácter remuneratorio o moratorio o su cuantía (apartado 1)⁴⁹³.

El art. 152.2 TRLC excepciona exclusivamente los intereses correspondientes a los créditos salariales que resulten reconocidos, que devengarán intereses conforme al interés legal del dinero, y los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía⁴⁹⁴.

El ámbito de aplicación de esta norma opera exclusivamente respecto a las deudas que integran la masa pasiva del concurso tras la declaración de concurso⁴⁹⁵; no afecta, por tanto, ni a los intereses devengados por créditos que se separen de la masa (art. 239 TRLC), ni a los derivados de créditos contra la masa (art. 242 TRLC)⁴⁹⁶.

En caso de aprobación de un convenio o de apertura de la liquidación se instauran reglas especiales que habilitan la reactivación de los intereses suspensos (arts. 320 y 440 TRLC, respectivamente). De esta suerte, se permite que, cuando se llegue a una solución de convenio que no contenga proposiciones de quita, se pueda pactar «el pago, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese quedado suspendido por efecto de la declaración de concurso, calculados al tipo legal o, si fuera menor, al convencional». Asimismo, tras la liquidación, en caso de resultar remanente tras el pago de la totalidad de los créditos, se prevé *ipso iure* la satisfacción de aquellos intereses calculados al tipo convencional y, si no existiera, al tipo legal⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Como señala JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 59 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1104, igualmente es indiferente la deuda de intereses, sea una deuda periódica o se trate de una deuda pagadera de una sola vez. Se deben incluir, asimismo, los llamados intereses implícitos.

⁴⁹⁴ Los primeros tienen la consideración de créditos subordinados; los segundos gozan del rango de privilegio especial hasta donde alcance la garantía (art. 281.3º TRLC).

⁴⁹⁵ En este sentido, BADENAS CARPIO/BOLDÓ RODA, «Comentario al art. 59 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 656, con expresión equívoca: «a este respecto la masa o colectividad de acreedores viene a ocupar el lugar del deudor».

⁴⁹⁶ Al respecto, vid. JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 59 LC», cit., pp. 1105 y 1107. Como destaca el autor, por cuanto la eficacia de la suspensión solo se predica de los créditos que integren la masa pasiva del concurso, en caso de pluralidad de deudores mancomunados o solidarios, la aludida suspensión solo es aplicable frente al deudor (y no frente al resto). Incluso en caso de estar garantizada la obligación por un fiador, el acreedor puede dirigirse frente a él para exigir el pago de los intereses posteriores al auto de declaración de concurso.

⁴⁹⁷ El TRLC enmienda, de este modo, el silencio legal del derogado art. 59.2 *in fine* LC respecto al tipo legal aplicable. Con todo, era comúnmente admitido que esta omisión no se traducía en la

La segunda norma (art. 153 TRLC) es consecuencia lógica asociada a la concursabilidad: por cuanto la declaración de concurso impide la amortización de créditos concursales al margen del cauce dispuesto en el TRLC, se bloquea la función de pago que puede cumplir la compensación (art. 153.2 TRLC). A salvo queda que la situación objetiva de compensación se hubiera materializado con anterioridad (art. 153.1 TRLC)⁴⁹⁸. En tales hipótesis, aunque sea alegada después de la declaración o aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella, se predica su eficacia retroactiva al mismo día en que se verificó la situación de compensación⁴⁹⁹.

Esta es un norma exclusivamente aplicable a los créditos concursales y no a los créditos contra la masa (vid. arts. 245 y 429 TRLC). Tras la declaración de concurso, amén de lo dispuesto en las normas de derecho internacional privado (art. 727 TRLC), quedan excepcionados de la prohibición de compensación los créditos y deudas del concursado que procedan de la misma relación jurídica (art. 153.2 TRLC) -v.gr., los denominados créditos conexos (o nacidos *ex eadem causa*), los créditos procedentes de un contrato de cuenta corriente mercantil y los acuerdos de *netting*-⁵⁰⁰.

La tercera norma (art. 154 TRLC) es buena exhibición de la intensidad de la afección patrimonial asociada al concurso. La función de garantía del *ius retentionis* ante el eventual incumplimiento contractual del deudor cede tras la declaración de concurso, con automática entrega de los bienes y derechos que la contraparte tuviera en su posesión (art. 154.1 TRLC) y que forman parte de la masa activa (art. 192.1 LC)⁵⁰¹.

Tales bienes y derechos solo deben ser restituidos al titular del derecho de retención en los inusuales escenarios en los que en el momento de la conclusión del

liquidación exclusiva de los intereses pactados; de no existir tipo convencional, era aplicable el tipo moratorio legal correspondiente. En este sentido, HERRERO DE EGAÑA/DE TOLEDO, «Comentario al artículo 59», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 314; y, JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 59 LC», cit., p. 1108.

⁴⁹⁸ Ya se defiende que la compensación es automática (*ipso iure compensari*; opinión dominante en la doctrina española), ya que es precisa la previa declaración de compensación. Al respecto, vid. TRUJILLO DÍEZ, «Comentario al art. 58 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 627 a 629.

⁴⁹⁹ Cfr. BERMEJO GUTIÉRREZ, «Comentario al art. 58 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1087.

⁵⁰⁰ Pese al silencio legal en la LC, era generalmente admitido que los créditos referidos *supra* quedaban excepcionados de la prohibición de compensación. Sobre su fundamento, vid. TRUJILLO DÍEZ, «Comentario al art. 58 LC», cit., pp. 636 y ss.; y BERMEJO GUTIÉRREZ, «Comentario al art. 58 LC», cit., pp. 1090 y ss. y 1099 y ss.

⁵⁰¹ La referida suspensión no afecta a las retenciones contempladas en la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social (art. 154.3 TRLC).

concurso los mismos no hubieran sido enajenados y el crédito del referido sujeto no hubiera sido íntegramente satisfecho (art. 154.2 TRLC).

4.3. La extensión de la afección patrimonial a bienes salidos del patrimonio con anterioridad a la declaración de concurso y a otros activos no pertenecientes al deudor concursado

4.3.1. Fundamento

Dado que la protección que dispensan los remedios ordinarios es generalmente insuficiente para atender la responsabilidad patrimonial contraída por el deudor insolvente, el ordenamiento jurídico habilita instrumentos extraordinarios que dotan a la tutela concursal de una destacada fuerza expansiva.

La frustración a la que pueden quedar sometidos los acreedores del deudor común en situación de insolvencia se intenta así contrarrestar mediante la instauración de instrumentos excepcionales que facilitan el reingreso en la masa activa de bienes y derechos que salieron en un periodo anterior a la declaración de concurso, y otros que promueven reforzar el régimen de responsabilidad de los sujetos que han contribuido a la formación de la situación de insolvencia.

Las cautelas predisuestas jurídicamente para garantizar que el patrimonio concursal quede incólume frente a los actos perjudiciales del deudor o terceros no solo se extiende, por tanto, a aquellos realizados tras la declaración de concurso, sino también a los consumados en un momento anterior.

4.3.2. La reintegración frente a bienes salidos del patrimonio con carácter previo a la declaración de concurso

a) Las acciones de reintegración de la masa activa

La afección patrimonial de los bienes para garantizar el destino que promociona el concurso presenta, pues, un especial alcance. Incluso de mayor virulencia que el asociado a los actos realizados por el deudor tras la declaración de concurso: el reproche jurídico ante las actuaciones del deudor en un periodo anterior a la declaración de concurso no solo afecta a los actos realizados *contra legem* (fraudulentos *ex art. 1111 in fine* y 1291.3º CC), sino que se extiende a aquellos que constituyan un perjuicio para la masa.

Se configura para ello un cuadro de acciones dirigidas a reprender el fraude (art. 238 TRLC) pero igualmente otras que, sin concurrir *animus fraudandi* o *animus nocendi*, evitan los perturbadores efectos de actos que, realizados con carácter previo a la declaración de insolvencia, resultan perniciosos para la masa activa (art. 226 y ss. TRLC).

Es una constante en todo sistema concursal contar con tales remedios. El recelo que despierta el perfeccionamiento de negocios jurídicos por parte de un deudor en tales circunstancias no es accidental. La experiencia demuestra que en periodos previos a la declaración de concurso se tiende, generalmente, a vaciar el patrimonio mediante la ejecución de contratos ficticios o simulados con personas cercanas al deudor, o, al menos, a concluir actos no favorables ante la apretura de un incumplimiento generalizado de las obligaciones⁵⁰². La cotidiana realidad en estos escenarios acaba cercenando de esta forma la regla general: la buena fe no se presume, ni tampoco importa; es el perjuicio el elemento basilar sobre el que descansa el sistema reintegratorio especial del concurso de acreedores.

Sobre los sistemas de reintegración o acciones de reintegración de la masa se apuntala, en gran medida, el éxito del concurso. Sin embargo, como se puede ya intuir, su convivencia con los principios rectores de nuestro sistema jurídico crediticio no ha sido nunca pacífica. La lógica tensión entre el interés de la masa y el interés en la seguridad del tráfico ha hecho complejo vertebrar un sistema componedor de ambos intereses.

b) El difícil equilibrio entre la tutela del interés de la masa y el interés de la seguridad del tráfico

Todos los ordenamientos jurídicos históricamente han combatido los perniciosos efectos de los actos patrimoniales del deudor realizados en perjuicio de los acreedores con carácter previo a la situación jurídica de concurso. El método empleado, sin embargo, ha sido dispar.

De regímenes jurídicos rígidos de retroacción absoluta en un período fijado legal o judicialmente determinante de la nulidad absoluta de los actos del deudor, a sistemas

⁵⁰² VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», *Cuadernos de Derecho judicial (ejemplar dedicado a la nueva Ley Concursal)*; Dir. GARNICA MARTÍN, nº 18, 2003, p. 369.

más flexibles que procuran acomodar las necesidades de la tutela patrimonial concursal a los principios que gobiernan el tráfico privado reconociendo un sistema de ineficacia relativa o anulabilidad. Asimismo, aparece un modelo mixto o doble que, junto a un periodo de retroacción absoluta, donde rige la nulidad de los actos del insolvente, se reconoce un periodo sospechoso, anterior a la fecha inicial de retroacción, que habilita la impugnación de aquellos actos perjudiciales para la masa. Finalmente, identificamos otros sistemas que desconocen la retroacción, absoluta y relativa, y se sirven, en exclusiva, de un conjunto de acciones de impugnación⁵⁰³.

En todos ellos, con distinta intensidad, late el enfrentamiento entre intereses difícilmente conciliables: el interés de la masa y el interés del crédito o seguridad del tráfico.

En España, el sistema de reintegración acogido durante el siglo XIX, de cuño francés⁵⁰⁴, se saldó con resultados nefastos para el tráfico civil y mercantil. Optamos por un modelo mixto, de tal suerte que, junto a un periodo de retroacción determinado judicialmente -art. 878-II CCom/1885: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a la que retrotraigan los efectos de la quiebra serán

⁵⁰³ Paradigma de este último modelo lo constituye el sistema de la *Konkursordnung* alemana de 10 de febrero de 1887. Una brevísima síntesis de este modelo, puede verse en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 151, 1979, p. 52.

⁵⁰⁴ Un recorrido sobre los distintos sistemas jurídicos de reintegración de la masa desde el Derecho romano, con destacado análisis de la influencia de los estatutos del bajo medievo italiano en el Derecho francés, hasta el precedente régimen de quiebra español, puede leerse en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 37 a 61. En esta sede conviene recordar, aun sucintamente, los principales hitos que permiten sentar las bases del reproche jurídico frente a los actos del deudor en un periodo anterior a la (actual) declaración judicial de insolvencia.

Como pone de relieve ROJO, frente a la esencial prueba del fraude en Derecho romano, los estatutos del medievo italiano influyeron de manera decisiva en el devenir del mecanismo de retroacción de los sistemas jurídicos más avanzados al instituir una singular regla: el *consilium fraudis* se presume respecto a los actos realizados en el denominado periodo sospechoso. La difícil prueba de la connivencia entre el deudor comerciante y los terceros que contrataban con él, con aquella intención dolosa, determinó el establecimiento de una presunción absoluta y ficticia, a saber, que todo acto realizado en el referido periodo es fraudulento y, con carácter general, no precisa de la previa cognición judicial. Se imponía, así, con fundamento en el fraude, una nulidad necesaria e intrínseca de aquellos actos (BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 791, nota al pie 2). La influencia del derecho estatutario italiano se extendió a territorio francés (*Ordonnance* de 1673 y reglamento de comercio de la ciudad de Lyon), y el sistema relativo al reconocimiento de un periodo sospechoso previo a la quiebra cristalizó, definitivamente, aun con notables variaciones, dada la distinción entre declaración judicial de quiebra y apertura de esta, en el *Code* de 1807, con posterior reforma por Ley de 28 de mayo de 1838. Este sistema es el que finalmente acoge el CCom/1829, que toma como base el *Code* de 1807, y, posteriormente, el CCom/1885, aunque los efectos del desapoderamiento se reconocían desde la declaración judicial de quiebra (como en la Ley de 1838) y no con el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones.

nulos»-, coexistía un periodo sospechoso cuya extensión se prolongaba de manera variable en función de la naturaleza del acto y para cuya ineficacia servían las acciones revocatorias especiales ejercitables por los síndicos (arts. 879 a 882 CCom/1885)⁵⁰⁵.

Los efectos asociados a la declaración judicial de quiebra y la fijación de un periodo retroactivo eran de extrema crudeza. La equiparación en el reproche jurídico de los actos realizados por el quebrado y los consumados durante el referido periodo, con indiferencia de cualquier circunstancia, constituía en rigor un desplazamiento de las normas hipotecarias a favor de la protección de los acreedores del deudor⁵⁰⁶. El desmembramiento patrimonial se intentaba así corregir a costa de la seguridad del tráfico y de los terceros adquirentes de buena fe.

El quebranto era notable⁵⁰⁷. Por cuanto la nulidad operaba *ope legis* y no necesitaba ser declarada judicialmente, no existía contradictorio ni era precisa prueba

⁵⁰⁵ Heredado de un error de traducción del *Code* de 1807, el periodo de retroacción se superponía con el sospechoso. En efecto, el Código de Sainz de Andino parte, como ya lo hiciera el *Code* de 1807, de que la quiebra ha de ser declarada judicialmente. Sin embargo, los plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación no empezaban a contar desde la declaración judicial hacia atrás sino que partían desde la fecha de apertura de la quiebra. Sainz de Andino tradujo *ouverture* por declaración (y no por apertura), lo que supuso una superposición de periodos -de retroacción y sospechoso- que cristalizó no solo en el Código de 1829 sino también, por herencia, en el Código de Comercio de 1885 (sobre la cuestión, cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 57 a 61).

Surgieron, de esta suerte, dudas en torno a la correcta interpretación de tales preceptos por cuanto un acto podía ser nulo y válido, aunque anulable, al mismo tiempo. Jurisprudencialmente, pese al tenor literal, acabó imponiéndose la tesis de entender que el cómputo de los distintos periodos sospechosos debía iniciarse desde la fecha de retroacción y no desde la fecha de declaración. En este sentido, entre otros, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., pp. 57 y ss.

⁵⁰⁶ La jurisprudencia mantuvo un criterio muy férreo, interpretando el precepto en su literalidad. De esta suerte, resultaban nulos, sin excepción, los actos realizados por el deudor durante el periodo de retroacción. No importaba, en consecuencia, la aparición de terceros adquirentes o subadquirentes de buena fe y a título oneroso que hubieran inscrito su derecho en el Registro (arts. 34 y 37 LH). Aunque en la jurisprudencia encontramos alguna inflexión dirigida a mitigar los drásticos efectos de la retroacción -destacadamente, las STS (Sala 1ª) 205/1993, de 12 de marzo (Roj: STS 1549/1993) y 0870, de 20 de septiembre (Roj: STS 6063/1993), que cita otras en esta dirección-, aquel criterio se impuso generalmente sin paliativos [entre otras, la inicial STS de 17 de marzo de 1958 -con apoyo en las STS de 17 de febrero de 1907 y 7 de marzo de 1931 (nº 19) [III *Jurisprudencia Civil*, tomo 199 -2º de 1931-, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 119 a 131]- y STS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 1991 (Roj: STS 10284/1991 y Roj: STS 6258/1991), 498/1998, 22 de mayo (Roj: STS 4148/2000) y 610/2000, de 14 de junio (Roj: STS 4895/2000), 91/2001, 8 de febrero (Roj: STS 812/2001) y 194/2003, 28 de febrero (Roj: STS 1396/2003)]. Sobre la cuestión, entre otros, vid. VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», cit., pp. 371 a 383, con extractos de aquella jurisprudencia; GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., pp. 1 y ss. (versión digital); y, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 834 a 837.

⁵⁰⁷ Respecto al tráfico jurídico y la inseguridad jurídica de este sistema de retroacción, vid. las reflexiones de RAMÍREZ, *La quiebra*, tomo II, 2ª ed., cit., p. 1150.

del fraude. Solo respecto al periodo sospechoso se reconocían ciertas presunciones que podían ser combatidas por los terceros adquirentes.

La LC -con fiel plasmación en el TRLC- rompió con su predecesora en el sentido de limitar los efectos devastadores para el crédito de aquella retroacción, dotando de mayor seguridad al tráfico civil y mercantil. Como refiere la EM LC (III, párr. 19º): «La Ley da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta. El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos la ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro».

No son pocos los avances; entre otros, abandono del sistema de retroacción judicial e instauración de un modelo basado en el ejercicio de acciones impugnatorias relativas a actos realizados por el deudor en el plazo fijado legalmente (dos años), compatibilidad en el ejercicio de acciones de reintegración con otras acciones de impugnación de carácter rescisorio, y apoyatura en el perjuicio a la masa como fundamento de las acciones de reintegración con renuncia a la presunción de fraude⁵⁰⁸.

De manera innegable, ello tiene una repercusión directa en la protección de aquellos terceros que adquirieron diligentemente algún bien o derecho confiando en la información que constaba en el registro. Como veremos, ello entraña una normalización registral del concurso: el interés de los acreedores concurrentes del concursado, clásicamente absoluto y preferente, pasa a constituir ahora un interés subordinado al de la seguridad del tráfico, concretamente, al de los terceros adquirentes de buena fe y por título oneroso⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ En este sentido, VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», cit., p. 384.

⁵⁰⁹ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 7 (versión digital).

c) El perjuicio a la masa activa como fundamento de las acciones de reintegración concursal

El sistema de reintegración concursal constituye un refuerzo de la garantía patrimonial en defensa del interés de la masa activa (art. 192.1 TRLC)⁵¹⁰. La reintegración sigue persiguiendo la reconstrucción del patrimonio del deudor, si bien no en el momento del sobreseimiento efectivo en el pago corriente de las obligaciones sino en un estadio anterior en el que la insolvencia es inminente⁵¹¹.

Sin embargo, la sanción respecto a los actos del deudor para la reconstrucción del patrimonio pivota ahora sobre el perjuicio a la masa. Se abandona, pues, la nulidad automática de los actos realizados por el deudor en el periodo de retroacción y se instituye la rescindibilidad que debe ser declarada judicialmente respecto a aquellos actos llevados a cabo en el plazo de dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 226 TRLC).

La transformación del reproche jurídico tiene destacadas connotaciones: los actos realizados por el deudor en el referido periodo que no adolecen de ningún vicio constitutivo son, en principio, perfectamente válidos y eficaces (art. 1290 CC)⁵¹², sin

⁵¹⁰ Como señalara la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1989 (Roj: STS 9903/1989) respecto al régimen anterior a la LC: «como auténtica garantía o instrumento cautelar en defensa de los intereses en juego de la masa del quebrado que, en otro caso, podrían haberse visto burladas o eludidas por anticipadas y acaso maliciosas conductas de reducción de solvencia patrimonial por quien teme o vislumbra su inexorable final de insolvencia declarada».

⁵¹¹ De este modo lo advertía ya, respecto a la legislación precedente a la LC, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., p. 39. En palabras de GARRIGUES: «La masa, antes de ponerse en práctica los procedimientos de reintegración, es la *masa que hay*. Después de la reintegración...es la *masa que debe haber*»; esto es, rara vez la insolvencia, como hecho, va seguida de inmediato de la declaración de quiebra, como pronunciamiento jurídico. Parece justo, pues, hacer coincidir el efecto primario de la declaración de quiebra -indisponibilidad- con el comienzo del estado de hecho que la motiva -insolvencia- (en *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., pp. 53 y 54).

⁵¹² Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva», *Curso de Derecho Mercantil* (Dir. URÍA/MENÉNDEZ), tomo II, 2ª ed., 2007, p. 1024. Como han señalado las SSAP de Barcelona (Sección 15ª) nº recurso 47/2006, de 2 de mayo (Roj: SAP B 15007/2006), 73/2007, de 1 de febrero (Roj: SAP B 300/2007) y 184/2008, de 22 de mayo (Roj: SAP B 13297/2008): se trata de actos o negocios «que en el momento de realizarse son válidos, por reunir los elementos esenciales del contrato (art. 1261 CC), no ser contrarios a una norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), ni estar afectados por un vicio de anulabilidad (arts. 1300 y ss. CC). No adolecen de ninguna ineficacia estructural. En todo caso, si son susceptibles de rescisión es en atención al perjuicio posterior para los acreedores, que una vez declarado el concurso verán disminuidas la garantía de cobro por la aminoración del patrimonio del deudor como consecuencia de aquel acto. Se trata, pues, de una ineficacia funcional». Esta calificación de ineficacia funcional es igualmente empleada en la STS (Sala 1ª) 682/2016, de 21 de noviembre (Roj: STS 5136/2016), en las SSAP de Zaragoza (Sección 5ª) 405/2012, de 2 de julio (Roj: SAP Z 1560/2012) y 431/2012, de 13 de julio (Roj: SAP Z 1837/2012), y en las SSAP de Murcia (Sección 4ª) 606/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP MU 2459/2012), 59/2014, de

perjuicio de que pueda declararse judicialmente su ineficacia al constatarse la concurrencia del perjuicio para la masa activa.

El éxito de la rescisoria concursal queda sometido a la concurrencia de un doble presupuesto, temporal -que el acto se hubiera realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso-, y material -que cause un perjuicio para la activa-, con irrelevancia absoluta hacia la situación patrimonial del concursado en aquel tiempo y a la intención del deudor y de su contraparte al realizar el acto lesivo⁵¹³.

La objetivación del instrumento rescisorio concursal marca distancia con la acción rescisoria común o pauliana (arts. 1111 y 1291.3º CC) que, sin excepción, precisa la prueba del elemento fraudulento al derecho de crédito de que es titular el acreedor (*consilium fraudis*), aunque no concorra intención de dañar (*animus nocendi*)⁵¹⁴.

30 de enero (Roj: SAP MU 309/2014), 91/2014, de 13 de febrero (Roj: SAP MU 460/2014) y 180/2014, de 20 de marzo (Roj: SAP MU 721/2014).

⁵¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 1024.

⁵¹⁴ Como es sabido, basta probar la conciencia del perjuicio (*sciencia fraudis*) para que la acción prospere. Esta se presume en los actos a título gratuito (art. 1297-I CC), no en los onerosos. Respecto a los terceros adquirentes, conviene destacar la importancia de su intención, quedando a salvo, en todo caso, aquellos que adquieran a título oneroso y de buena fe.

De otro lado, nótese que el TRLC -como ya hiciera la LC- prescinde del *eventus damni* para ejercitar la acción de reintegración concursal, presupuesto de la revocatoria o pauliana. Este argumento, sin embargo, es predicable *a priori* de toda acción rescisoria tras la declaración de concurso (en contra, por entender que el *eventus damni* se materializa para todos los acreedores con la declaración de concurso, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 853). Como ha señalado LEÓN SANZ, tras esta, las acciones rescisorias pierden su carácter subsidiario, de tal modo que en ningún caso se exige la insuficiencia de bienes para su ejercicio. Y aunque lo normal es que concorra una situación de insuficiencia patrimonial, nada impide el ejercicio de tales acciones en los supuestos de declaración de concurso con una situación de superávit patrimonial -en «Comentario al art. 71 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1304-. Para PARRA LUCÁN, la interpretación expuesta puede llevar a resultados no muy razonables, con una visión extremadamente generosa de la masa activa. Solo si el acto impugnado es causa de la iliquidez puede justificarse la rescisión (en *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 249).

En la jurisprudencia reconocen que la acción de reintegración no tiene carácter subsidiario y, por tanto, carece de fundamento cuando el patrimonio del deudor es suficiente para la satisfacción de todos los créditos concursales, entre otras, SAP de Murcia (Sección 4ª) 181/2008, de 23 de mayo (Roj: SAP MU 500/2008), SAP de Oviedo (Sección 1ª) 252/2013, de 24 de julio (Roj: SAP O 2193/2013), SAP de Valladolid (Sección 3ª) 143/2014, de 8 de julio (Roj: SAP VA 806/2014), SAP de Madrid (Sección 28ª) 229/2014, de 18 de julio (Roj: SAP M 11770/2014) y SAP de Barcelona (Sección 15ª) 61/2015, de 11 de marzo (Roj: SAP B 598/2015). En contra, SJM nº 1 de Murcia 31/2005, de 12 de julio (Roj: SJM MU 134/2005).

Es cierto que una primera aproximación al tema podríamos pensar que, en aquellos supuestos en que existe activo para una satisfacción íntegra de los acreedores, el ejercicio de la acción de reintegración carece de razón de ser. Ubicáramos en el perjuicio a los acreedores el fundamento de la acción. Sin embargo, no nos parece esta la lectura correcta. A nuestro juicio, el fundamento radica en el perjuicio a la masa activa. Solo así podemos garantizar no solo el cumplimiento del fin primario del concurso (satisfacción de los acreedores) sino también el secundario (reflote de la empresa económicamente viable). En efecto, de seguir la primera tesis, en situaciones concursales de superávit patrimonial, la venta

El esquema de funcionamiento es, pues, distinto⁵¹⁵. El acento se pone en la lesión del interés de la masa con renuncia terminante al elemento subjetivo⁵¹⁶ y la reintegración, de prosperar, conlleva la restitución de las prestaciones con reingreso en el patrimonio depauperado⁵¹⁷. La buena o mala fe, como veremos, entra en juego, pero

de un bien por el deudor a un precio irrisorio ante la falta de liquidez para hacer frente a las obligaciones exigibles no sería susceptible de reintegración a la masa; tampoco, por ejemplo, podría ser rescindida la constitución de una garantía real formalizada en un momento de apuro económico y sin la adecuada contraprestación. En todos estos casos, la no rescisión de los actos perjudiciales para la masa podrá no afectar a los acreedores pero tendrá un indudable impacto en el patrimonio con el que afrontar el convenio y, una vez satisfechos todos los créditos, poder continuar con la actividad económica y empresarial. Aun siendo la cuestión muy discutible, probablemente sea necesario discriminar aquellas situaciones en las que el no reingreso del bien puede comprometer el futuro próximo de la empresa de aquellas otras en las que la continuidad empresarial está garantizada. Tarea esta, por otro lado, nada sencilla.

⁵¹⁵ Destaca, en cambio, la tendencia a un sistema revocatorio objetivado de la pauliana, presente ya en la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* elaborado por la Comisión General de Codificación en 2009, JUÁREZ TORREJÓN, «La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. IV, p. 1286.

⁵¹⁶ Sin embargo, hay quien apunta que «la delimitación temporal del periodo sospechoso supone exactamente *la expresión última y más sutil del requisito subjetivo del fraude*, la fórmula actual de la misma ficción que diera fundamento al viejo *decoctor ergo fraudator*» (cfr. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 847).

⁵¹⁷ Así, como veremos *infra*, cierto sector de la doctrina apunta a que los presupuestos de la acción pauliana (esto es, que los acreedores lo sean de un crédito preexistente al acto fraudulento y que este no se hubiera podido satisfacer precisamente por su otorgamiento) quedan distorsionados en el concurso dado su carácter universal: «tanto en orden a la determinación de la persona perjudicada como por lo que se refiere a la preexistencia del crédito al acto que se impugna» (en este sentido, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 244 y 245).

La rescisoria concursal y la común presentan, de este modo, notables diferencias. Es generalmente admitido que, pese a ello, se recurra al régimen de la rescisoria por fraude de acreedores para integrar los vacíos que se puedan advertir en el régimen especial de la reintegración concursal. De entre los tipos de ineficacia que recoge el CC -nulidad, anulabilidad y rescisión-, parece lógico que así sea -en este sentido, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 845; en la jurisprudencia, vid. SSAP de Barcelona (Sección 15ª) nº recurso 47/2006, de 2 de mayo (Roj: SAP B 15007/2006) y 73/2007, de 1 de febrero (Roj: SAP B 300/2007)-. La finalidad es similar. Nótese que ambas buscan la rescisión de actos válidos, una en interés del acreedor y la otra en interés de la masa con impacto en los acreedores, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, el interés del tercero afectado por la ineficacia y graduando el alcance de las consecuencias según la naturaleza del acto rescindible. Identifica la finalidad de ambas acciones, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, cit., p. 203. En la misma línea, en relación al Anteproyecto de LC, al considerar que en este texto se sigue la técnica de la rescisoria por fraude de acreedores del derecho común, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», *Estudios sobre el Anteproyecto de ley Concursal de 2001* (Dir. GARCÍA VILLAVEVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), ed. Dilex, Madrid, 2002, pp. 173 y 174. En contra, al entender que si no hay elemento subjetivo no puede tratarse de una subespecie de acción rescisoria por fraude de acreedores, DE TORRES PEREA, «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», *Revista de Derecho civil*, nº 2, 2018, pp. 365 y 366.

En la jurisprudencia es generalmente entendido, en palabras de las SSAP de Córdoba (Sección 3ª) 232/2010, de 3 de diciembre (Roj: SAP CO 1477/2010), 6/2011, de 13 de enero (Roj: SAP CO 752/2011) y 104/2011, de 10 de mayo (Roj: SAP CO 361/2011) que: «la acción rescisoria concursal es una acción autónoma, con caracteres propios, que se asemeja a la rescisoria del artículo 1291 del Código Civil, pero en la que basta demostrar el perjuicio producido a la masa de acreedores, sin que sea exigible, ni el conocimiento de que se origina un perjuicio ni, por supuesto, la concurrencia del ánimo defraudatorio». O, como destaca la SAP de Girona (Sección 1ª) 137/2009, de 20 de marzo (Roj: SAP GI 558/2009), la naturaleza jurídica de la acción de reintegración concursal es rescisoria, pero se separa de la acción pauliana en su fundamento, al tener una base absolutamente objetiva. Destacando que las notas

no como un presupuesto para el éxito de la acción de reintegración, sino como un elemento a tener en cuenta para atemperar la posición jurídica del tercero adquirente desde el punto de vista de los efectos de la rescisión.

El perjuicio patrimonial, elemento de la acción de reintegración, no es definido legalmente⁵¹⁸. Contamos, por el contrario, con un elenco de presunciones que posibilitan su delimitación. Aunque esta tarea no siempre es sencilla⁵¹⁹, es generalmente admitido, doctrinal y jurisprudencialmente, que el perjuicio a la masa exige considerar no solo el activo patrimonial, esto es, analizar si este ha disminuido por la realización del acto (o no ha aumentado por su omisión), sino también valorar la situación del pasivo tras su otorgamiento.

En efecto, el perjuicio patrimonial resulta igualmente constatable respecto a aquellos actos que, sin disminuir el activo, implican un incremento del pasivo al generar obligaciones a cargo del concursado (v.gr., constitución de una fianza)⁵²⁰. E incluso se plantea, en coherencia con el principio de paridad de trato, si el perjuicio patrimonial ha de ser extensible a aquellos actos que, sin constituir merma patrimonial, suponen una alteración de la cuota de satisfacción a obtener por los acreedores. Estamos pensando en aquellos supuestos en los que el neto patrimonial se mantiene intacto, en tanto la disminución del activo va acompañada de una correlativa disminución del pasivo, pero, en cambio, la satisfacción del crédito individual (v.gr., pago de un crédito vencido en los dos años anteriores a la declaración de concurso) constituye una pérdida de

definitorias de la acción de rescisión pueden predicarse, con carácter general, de las acciones de reintegración, en otras, SAP de León (Sección 1ª) 80/2013, de 22 de febrero (Roj: SAP LE 318/2013). Y, con carácter general, reconocen la naturaleza rescisoria de la acción de reintegración si bien reconociendo su carácter especial, entre otras, SSAP de Murcia (Sección 4ª) 131/2011, de 18 de marzo (Roj: SAP MU 807/2011), 606/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP MU 2459/2012), 59/2014, de 30 de enero (Roj: SAP MU 309/2014), 91/2014, de 13 de febrero (Roj: SAP MU 460/2014), 180/2014, de 20 de marzo (Roj: SAP MU 721/2014). SAP de León (Sección 1ª) 364/2012, de 24 de julio (Roj: SAP LE 1125/2012) y 163/2014, de 29 de abril (Roj: SAP LE 799/2014), SSAP de La Coruña (Sección 4ª) 442/2011, de 20 de octubre (Roj: SAP C 3203/2011) y 331/2013, de 25 de septiembre (Roj: SAP C 3039/2013).

⁵¹⁸ Respecto a la LC, destacaban ya esta falta de identificación, entre otros, ESCRIBANO GAMIR, «El perjuicio de la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, p. 21, y FERNÁNDEZ CAMPOS, «Reintegración del patrimonio del concursado», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 25, 2007, p. 25.

⁵¹⁹ En palabras de GULLÓN BALLESTEROS: «como concepto jurídico indeterminado, el perjuicio patrimonial tiene una zona clara, pequeña, y muchas oscuras y dudosas» (en «La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 4127).

⁵²⁰ En este sentido, CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2ª ed., Pamplona, Civitas, 2008, p. 368, y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 246.

posibilidades de cobro del resto de acreedores de igual condición⁵²¹. Una interpretación teleológica de las acciones de reintegración concursal a la luz del principio de la *par conditio creditorum* podría aconsejar seguir esta última exégesis: el perjuicio se ha de apreciar por referencia a la colectividad de acreedores, a cuya protección se destina el ejercicio de la acción, con desplazamiento y rescisión del interés de acreedores singulares que hubiera sido satisfecho.

Este enfoque, sin embargo, es discutible. De partida, porque si así fuera, se reconocería abiertamente que el sistema de reintegración concursal descansa en el quebranto al principio de seguridad jurídica. En primer lugar, porque la valoración de todo acto quedaría sujeto a un suceso futuro, la declaración de concurso, absolutamente incierto en el momento de su otorgamiento; y, en segundo lugar, porque cualquier acto realizado en el periodo de los dos años anteriores a la declaración de concurso, debido o no, forzosamente constituirá una mengua para la colectividad de futuros acreedores concursales, a menos que, claro está, la masa activa resultara suficiente para enjugar el pasivo concursal⁵²².

Pero, junto a ello, concurren otros argumentos. De la literalidad del art. 226 TRLC -«Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa»-, no cabe inferir que el perjuicio que procure evitarse sea el de los acreedores, al

⁵²¹ Esta interpretación amplia del perjuicio patrimonial ha sido defendida por LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., pp. 1307-1308, y, del mismo autor, «El sistema de reintegración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 241 y ss; asimismo por FERNÁNDEZ SEIJO, «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 85 (ejemplar dedicado a la reforma concursal), Madrid, 2005, p. 231. En la jurisprudencia, entre otras, SAP de Madrid (Sección 28ª) 311/2008, de 19 de diciembre (Roj: SAP M 19166/2008); SSAP de Barcelona (Sección 15ª) 184/2008, de 22 de mayo (Roj: SAP B 13297/2008) y 3/2009, de 8 de enero (Roj: SAP B 1810/2009); SSAP de Valladolid (Sección 3ª) 124/2009, de 7 de mayo (Roj: SAP VA 447/2009) y 161/2014, de 29 de julio (Roj: SAP VA 1010/2014); SAP de Girona (Sección 1ª) 384/2009, de 28 de octubre (Roj: SAP GI 1730/2009); SAP de Córdoba (Sección 3ª) 232/2010, de 3 de diciembre (Roj: SAP CO 1477/2010); SAP de Guipuzcoa (Sección 2ª) 133/2014, de 20 de julio (Roj: SAP SS 623/2014); SAP de Cáceres (Sección 1ª) 219/2014, de 2 de octubre (Roj: SAP CC 604/2014), SAP de Salamanca (Sección 1ª) 297/2011, de 1 de julio (Roj: SAP SA 453/2011) y 18/2015, de 22 de enero (Roj: SAP SA 27/2015), SAP de Sevilla (Sección 5ª) 277/2012, de 28 de mayo (Roj: SAP SE 2694/2012), 422/2012, de 10 de septiembre (Roj: SAP SE 3285/2012), 208/2013, de 29 de abril (Roj: SAP SE 1122/2013), 433/2013, de 27 de septiembre (Roj: SAP SE 3208/2013), 44/2015, de 3 de febrero (Roj: SAP SE 465/2015), SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) 386/2012, de 9 de octubre (Roj: SAP TF 2533/2012) y 389/2012, de 10 de octubre (Roj: SAP TF 2535/2012), SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 405/2012, de 2 de julio (Roj: SAP Z 1560/2012) y SAP de Tarragona (Sección 1ª) 329/2012, de 3 de septiembre (Roj: SAP T 1313/2012).

⁵²² Cfr. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 357.

menos, directamente⁵²³. Esta idea es confirmada a la vista de que la rescisión no debe prosperar en los supuestos en los que resultando el otorgamiento del acto perjudicial para los acreedores, no lo sea para la masa activa (v.gr., constitución de una garantía real a favor de obligaciones anteriores a la declaración de concurso)⁵²⁴. Refuerza esta consideración y aleja la proyección de la *par conditio* de este ámbito, la aparición en el art. 230 TRLC de supuestos que no pueden ser objeto de rescisión aun cuando constituyan un perjuicio para los acreedores. Nótese que un acto perjudicial para la masa activa es siempre perjudicial para los acreedores, pero, en cambio, no todo acto perjudicial para los acreedores encuentra cobijo en el perjuicio a la masa activa que regula la norma.

Lo expuesto fortalece la idea de que el sistema de reintegración diseñado con la LC y cabalmente contemplado en el TRLC pretende la salvaguarda de los acreedores concursales pero no de una forma inmediata, sino mediata. En rigor, el interés que se persigue con el ejercicio de las acciones de reintegración es el de la reconstitución del patrimonio del deudor a fin de garantizar la correcta formación de la masa que queda sujeta al concurso para el pago de los acreedores⁵²⁵. Solo, por tanto, indirectamente, en tanto que se pretende dejar incólume la masa activa de actos jurídicos perturbadores de su integridad para su posterior reparto entre los acreedores, puede decirse que se persigue evitar el perjuicio de estos.

Sin embargo, en esta construcción, la jurisprudencia sentada por nuestro Alto Tribunal no renuncia a la participación del principio de la *par conditio creditorum*. Por lo que diremos, parece razonable que así sea.

⁵²³ En este sentido, respecto a la LC, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva», cit., p. 1024, para quien la letra del derogado art. 71 LC – idéntica al actual art. 226 TRLC- y la rúbrica del Capítulo IV del Título III -«Efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa»-, induce a seguir una interpretación estricta del perjuicio, en el sentido de que solo puede considerarse que existe tal cuando el acto produzca una reducción del patrimonio del deudor, garantía de los acreedores, sin valoración, en cambio, de los efectos que el acto pueda producir en la ordenación de la masa pasiva.

⁵²⁴ Cfr. ibídem, pp. 356 a 358.

⁵²⁵ En este sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», cit., pp. 356 a 358; HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 164 y 165; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 245; y, ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 113 y ss.

La doctrina del TS en esta materia ha pivotado, principalmente, sobre la idea de “sacrificio patrimonial injustificado”⁵²⁶, entendido como la aminoración carente de justificación del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituye la masa activa (art. 192 TRLC)⁵²⁷. Esto es, el TRLC no dispone -tampoco la LC- la rescindibilidad de los actos que entrañen sin más una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa⁵²⁸.

Pero junto a ello, se ha venido reconociendo, progresivamente, que «mediante tales acciones se busca restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los créditos, así como salvaguardar la par conditio creditorum»⁵²⁹. De esta suerte, el pago realizado por el deudor en los dos años anteriores a la declaración de concurso con transgresión de los criterios que fija la norma concursal para la satisfacción de los acreedores concursales es susceptible de reintegración⁵³⁰. Subyace, así, en la redacción de los arts. 226 y ss. TRLC, la regla de la paridad de trato⁵³¹.

⁵²⁶ Entre otras, SSTS (Sala 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (Roj: STS 5328/2010), 662/2010, de 27 de octubre (Roj: STS 5329/2010) y 210/2012, de 12 de abril (Roj: STS 4181/2012).

⁵²⁷ Vid. SSTS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014), 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014), 58/2015, de 23 de febrero (Roj: STS 827/2015) y 105/2015, de 10 de marzo (Roj: STS 1095/2015).

⁵²⁸ En este sentido, SSTS (Sala 1ª) 652/2012, de 8 de noviembre (Roj: STS 7746/2012) y 363/2014, de 9 de julio (Roj: STS 2945/2014). Y, como es lógico, no es exigible que el deudor se hallara en situación de insolvencia en el momento de la concertación del acto. Al respecto, vid. SAP de Barcelona (Sección 15ª) 184/2008, de 22 de mayo (Roj: SAP B 13297/2008). En la doctrina, en este sentido, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 1306.

⁵²⁹ Cfr. STS (Sala 1ª) 100/2014, 30 abril (Roj: STS 1954/2014) y, en esta línea, STS (Sala 1ª) 124/2015, de 17 de marzo (Roj: STS 1423/2015). Ya la STS (Sala 1ª) 652/2012, de 8 de noviembre (Roj: STS 7746/2012) señalaba: «Los actos del concursado que implican una “disminución injustificada de su patrimonio” caen en el régimen de la reintegración (...) pero ello no supone que no puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa (*rectius masa pasiva*), como acontece con los que alteran la par conditio creditorum (...) la expresión “actos perjudiciales para la masa activa” permite distanciar la idea del perjuicio de la de disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la Ley no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa. Los que, a la postre, suponen un sacrificio patrimonial injustificado» (el añadido en cursiva es nuestro). En este sentido, asimismo, STS (Sala 1ª) 363/2014, de 9 de julio (Roj: STS 2945/2014).

⁵³⁰ De esta manera lo reconocen para supuestos en los que la deudora se halle en situación de insolvencia actual o inminente cuando realiza el pago, las SSTS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012) y 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013).

⁵³¹ Como señala ESCRIBANO GAMIR, en la delimitación del perjuicio «es preciso contar con el designio de la rescisoria concursal: la satisfacción de los acreedores concurrentes respetando la *par*. (...) Universalidad e igualdad de trato rigen la concursal y, por ende, informan los principios que van a determinar el perjuicio» (en «El perjuicio de la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, p. 23).

No negaremos que tal afirmación, siendo equilibrada, puede llevar a escenarios complejos que requieren del estudio caso por caso⁵³². Imaginemos, por ejemplo, el pago de un crédito vencido y exigible en el referido periodo bianual. Siguiendo la interpretación amplia del perjuicio patrimonial, con atento respeto al principio de igualdad de trato, el acto deberá ser objeto de rescisión en tanto que perjudicial para el resto de acreedores. El TS, sin embargo, no lo ha entendido así, al menos, sin matices. A su juicio, el pago realizado del crédito vencido y exigible, como regla general, goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Pero ello no es óbice - sostiene- para que puedan concurrir circunstancias excepcionales (v.gr., situación de insolvencia en el momento de hacerse efectivo el pago, proximidad con la solicitud y declaración de concurso, naturaleza del crédito, condición del acreedor) que priven de justificación aquel pago por vulneración del principio de la *par conditio*⁵³³.

Se mantiene, de esta suerte, una postura ecléctica. De un lado, se renuncia a una interpretación excesivamente laxa del perjuicio patrimonial, evitando que todos los actos realizados por el deudor en los dos años anteriores resulten rescindibles⁵³⁴; pero, de otro, se habilita el ejercicio y estimación de la acción de reintegración respecto a

⁵³² Aun sin alusión a la *par conditio*, así lo entendía ya necesario la STS (Sala 1ª) 210/2012, de 12 de abril (Roj: STS 4181/2012) por cuanto para determinar si un acto supone un detrimento del patrimonio y está justificado es necesario analizar el contexto en el que se desarrolla. De igual modo respecto a los acuerdos de refinanciación *ex art.* 71 bis LC (en lo que aquí interesa, actuales arts. 697 y 698 TRLC), vid. STS (Sala 1ª) 363/2014, de 9 de julio (Roj: STS 2945/2014). Y, en general, en este sentido lo reconocen y aplican, entre otras, SSTs (Sala 1ª) 289/2015, de 2 de junio (Roj: STS 2979/2015), 294/2015, de 3 de junio (Roj: STS 2958/2015), 295/2015, de 3 de junio (Roj: STS 3049/2015), 340/2015, de 24 de junio (Roj: STS 2974/2015) y 642/2016, de 26 de octubre (Roj: STS 4646/2016).

⁵³³ Cfr. STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), doctrina seguida, entre otras, por SSTs (Sala 1ª) 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013) y 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014). En la STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre, se reconoce que, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda), el deudor tiene libertad para atender al pago de los créditos que le afecten sin seguir ningún criterio de igualdad o preferencia, a menos que aquel esté sometido a un proceso ejecutivo o concursal. De este modo lo argumentan sobre la base de que el art. 1292 CC únicamente considera rescindibles los pagos realizados en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo desembolso no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlo, pero no lo son los que no reúnan tal condición. Esta doctrina general, proyectada sobre la rescisión concursal, se traduce en que «cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido».

⁵³⁴ En este sentido, refiere la STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012): «Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la *par conditio creditorum*, pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles». En esta línea, SSTs (Sala 1ª) 210/2012, de 12 de abril (Roj: STS 4181/2012) y 642/2016, de 26 de octubre (Roj: STS 4646/2016).

singulares actos que determinen el *eventus damni*, sorteando que una interpretación estricta del perjuicio desemboque en una quiebra del principio de igualdad de trato crediticio⁵³⁵.

d) Prueba y presunciones de las acciones de reintegración concursal

Como regla general, el perjuicio patrimonial ha de ser probado por quien ejercite la acción rescisoria concursal (art. 229 TRLC).

Sin embargo, la prueba del perjuicio puede resultar intrincada. Se establecen para ello una serie presunciones dirigidas a facilitar la concurrencia de este elemento objetivo; en algunos supuestos a través de presunciones *iuris et de iure* (art. 227 TRLC), en otros por medio de presunciones *iuris tantum* (art. 228 TRLC). La despatrimonialización del deudor preside, en exclusiva, la construcción de estas presunciones.

Las primeras eximen de la prueba del hecho presunto -el perjuicio- una vez acreditado el indicio, esto es, el acto de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, o el pago u otro acto de extinción de obligación anticipada al vencimiento, salvo si contasen con garantía real (art. 227 TRLC). La imposibilidad de prueba en contrario del hecho presunto está plenamente justificada pues el otorgamiento del acto es, sin excepción, perjudicial para la masa. En las transmisiones a título gratuito en tanto que se impide el pago de lo debido (vid. art. 1297-I LC); en los pagos anticipados por cuanto se distrae de la masa activa el importe abonado en beneficio de un acreedor (vid. art. 1292 CC) cuyo crédito debería integrar la masa pasiva del concurso⁵³⁶ (art. 251 TRLC).

No ocurre lo mismo con las presunciones relativas contempladas en el art. 228 TRLC. En estas se presume el perjuicio patrimonial una vez acreditado el hecho indicio, pudiendo la contraparte probar que el acto no resultaba lesivo para la masa concursal.

⁵³⁵ En este sentido, por ejemplo, la ampliación de una hipoteca convirtiendo el crédito ordinario en privilegiado con condiciones más gravosas de la nueva operación de crédito -en STS (Sala 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (Roj: STS 5328/2010)-, la devolución de un préstamo debido al socio administrador por una sociedad en situación de crisis económica -en STS (Sala 1ª) 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013)-, el reparto de dividendos entre los accionistas de una sociedad con importantes pérdidas encubiertas -en STS (Sala 1ª) 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014)- o la constitución de una hipoteca sobre el bien principal de la sociedad deudora en pésima situación financiera sin recibir contraprestación alguna (el préstamo es concedido a otra sociedad del mismo grupo) -en STS (Sala 1ª) 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014)-.

⁵³⁶ Cfr. STS (Sala 1ª) 58/2015, de 23 de febrero (Roj: STS 827/2015).

No es suficiente con atestiguar que el acto se realiza en condiciones de mercado, sino que se ha de demostrar que el acto no constituye un perjuicio patrimonial⁵³⁷.

Los hechos sobre los que opera la presunción *iuris tantum* son los actos de disposición a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado *ex arts.* 282 a 284 TRLC, los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquellas y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración de concurso (art. 228 TRLC).

Se trata de supuestos que generan lógicos recelos en el legislador, pues pueden enmascarar actos dirigidos a favorecer a ciertos acreedores en detrimento del resto. A esta lógica responde la presunción. De ser practicada prueba en contrario por la parte demandada, el juzgador debe valorar individualmente las circunstancias concurrentes para apreciar la justificación del acto de disposición⁵³⁸, más allá de los motivos subjetivos y con focalización en el interés económico patrimonial que explica su realización⁵³⁹.

⁵³⁷ En este sentido, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 1311. No obstante, la venta a un precio inferior al de mercado ha sido un argumento esgrimido por la jurisprudencia para fundar el perjuicio, entre otras, SSTS (Sala 1ª) 662/2010, de 27 de octubre (Roj: STS 5329/2010) y 723/2012, de 7 de diciembre (Roj: STS 8314/2012). Muy crítico con este empleo, DE TORRES PEREA, «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», cit., pp. 371 a 374, pues la determinación del “precio de mercado” puede ser muy subjetiva y, en ningún caso, puede justificar la ineficacia del contrato si se quieren evitar resultados injustos.

⁵³⁸ Se observan, pues, notables distancias con el régimen anterior a la LC. El reproche respecto a los actos anteriores a la declaración de concurso respeta, en todo caso, ciertas garantías: los actos son rescindibles con plena presencia del contradictorio. De esta suerte, aunque es cierto que se facilita el reproche por medio de presunciones, al menos, el hecho indicio debe ser propuesto y demostrado, garantizando la réplica de la contraparte que podrá desvirtuar su fijación como hecho cierto.

⁵³⁹ Vid., entre otras, SSTS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), y 58/2015, de 23 de febrero (Roj: STS 827/2015).

Respecto a los pagos realizados a alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, el TS ha dejado sentado: «en el caso de estos pagos no ha de probarse la existencia de perjuicio para que pueda estimarse la acción de reintegración, sino que ha de probarse la ausencia de circunstancias excepcionales que determinan la existencia de tal perjuicio para que la acción sea desestimada» -SSTS (Sala 1ª) 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013), y 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014)-.

Y respecto a los actos de constitución de garantías reales ha manifestado el Alto Tribunal: «La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado el concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa porque implica una disminución siquiera sea cualitativa del valor del bien sobre el que recaen, al sujetarlo a una posible realización a favor del acreedor garantizado (...). Cuestión distinta es que el sacrificio patrimonial que conlleva la constitución de una garantía real esté justificado, porque sea contextual a la concesión de un nuevo crédito, y no concurra otra circunstancia que le prive de justificación». Entre otras, STS (Sala 1ª)

La valoración por el juez del perjuicio se ha realizar atendiendo al momento de la ejecución del acto, en función de las circunstancias entonces concurrentes⁵⁴⁰. No hay que considerar, por tanto, el momento de ejercicio de la acción o de la declaración de concurso⁵⁴¹. De otro modo, el perjuicio sería siempre apreciable⁵⁴². En palabras del Alto Tribunal, para la valoración del perjuicio es necesario proyectar la situación de insolvencia de forma retroactiva: «es decir, si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto se habría considerado lesivo para la masa activa en la hipótesis de que esta hubiese existido en aquella fecha»⁵⁴³.

Junto al perjuicio, debe ser objeto de prueba que el acto determinante de aquel tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. El *dies a quo* para el cómputo del plazo es, lógicamente, la fecha en que se dicta el auto de declaración de concurso y no la fecha de solicitud de la declaración de concurso o cualquier otra que pueda interesar⁵⁴⁴.

100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014), que entendió no justificada la constitución de la garantía, y STS (Sala 1ª) 58/2015, de 23 de febrero (Roj: STS 827/2015), que se pronunció en sentido opuesto.

⁵⁴⁰ En este sentido, entre otros, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», cit., p. 358; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 246 y 247; y CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2ª ed., cit., p. 421.

⁵⁴¹ Sosteniendo esta tesis, SSAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 99/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP IB 712/2013) y 102/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP IB 674/2013), SSAP de Barcelona (Sección 15ª) 376/2012, de 16 de noviembre (Roj: SAP B 14622/2012), 113/2014, de 13 de abril (Roj: SAP B 3381/2014) y 234/2014, de 2 de julio (Roj: SAP B 8194/2014), SAP de Cáceres (Sección 1ª) 403/2012, de 19 de septiembre (Roj: SAP CC 741/2012), SAP de Granada (Sección 3ª) 177/2012, de 20 de abril (Roj: SAP GR 364/2012), SAP de Oviedo (Sección 1ª) 267/2013, de 18 de septiembre (Roj: SAP 0 2390/2013), SAP de Las Palmas (Sección 4ª) 388/2013, de 24 de octubre (Roj: SAP GC 2419/2013), SAP de Tarragona (Sección 1ª) 329/2012, 3 de septiembre (Roj: SAP T 1313/2012). En contra, defendiendo que el examen debe realizarse *ex post*, SSAP de Madrid (Sección 28ª) 120/2012, de 20 de abril (Roj: SAP M 6034/2012) y 122/2012, de 20 de abril (Roj: SAP M 13733/2012).

⁵⁴² Entre otras, SSAP de Alicante (Sección 8ª) 454/2012, de 8 de noviembre (Roj: SAP A 3394/2012), 545/2012, de 21 de diciembre (Roj: SAP A 5269/2012) y 99/2013, de 6 de marzo (Roj: SAP A 694/2013), SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 390/2012, de 10 de julio (Roj: SAP PO 2066/2012).

⁵⁴³ Cfr. STS (Sala 1ª) 652/2012, de 8 de noviembre (Roj: STS 7746/2012). Siguiendo esta doctrina, SAP de Madrid (Sección 28ª) 4/2013, de 11 de enero (Roj: SAP M 976/2013) y 91/2013, de 22 de marzo (Roj: SAP M 4845/2013).

⁵⁴⁴ A favor, SAP de La Coruña (Sección 4ª) 169/2015, de 20 de mayo (Roj: SAP C 1357/2015), SSAP de Valencia (Sección 9ª) 315/2014, de 13 de noviembre (Roj: SAP V 5442/2014), 374/2014, de 22 de diciembre (Roj: SAP V 5903/2014) y 18/2015, de 26 de enero (Roj: SAP V 199/2015), SJM nº 1 de Burgos 151/2015, de 2 de junio (Roj: SJM BU 3796/2015). En la doctrina, en este mismo sentido, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 1306. En contra, SAP de Murcia (Sección 4ª) 198/2014, de 27 de marzo (Roj: SAP MU 760/2014) y SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 288/2015, de 29 de mayo (Roj: SAP Z 1350/2015). El TS, si bien en relación a otra cuestión, establece que el momento de la producción de los efectos del concurso es la declaración de concurso en aplicación de los arts. 21.2 y 49 LC (actuales arts. 32 y 251 TRLC), sin que ninguno de ellos establezca que tal declaración deba retrotraerse al momento de interposición de la demanda en base al art. 410 LEC -STS (Sala 1ª) 756/2013, de 11 de diciembre (Roj: STS 5826/2013)-.

El contenido de las acciones rescisorias especiales y el régimen de reintegración de los actos realizados por el deudor es completado con una delimitación en sentido negativo. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión (art. 230 TRLC) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor que hubieran sido realizados en condiciones normales⁵⁴⁵, los actos de constitución de garantías de cualquier clase a favor de créditos públicos o a favor del Fondo de Garantía Salarial, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y las operaciones mediante las que se instrumenten las medidas de resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión⁵⁴⁶.

Asimismo, se blindan a las pretensiones de reintegración los acuerdos de refinanciación homologados o que, aun no siendo homologados, reúnan los requisitos establecidos en los arts. 598 y 604 TRLC, los acuerdos extrajudiciales de pago, así como los actos, los negocios jurídicos y los pagos realizados en ejecución de tales acuerdos, con indiferencia de su naturaleza y forma en la que consten, ni de las garantías prestadas o constituidas conforme a lo pactado en ellos (art. 698 TRLC)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Esto es, todos aquellos que no pudieron evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial y que, por tanto, se debieran realizar con independencia de que se fuera a declarar el concurso -cfr. SSTs (Sala 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (Roj: STS 5328/2010), 629/2012, 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013), 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014), 105/2015, de 10 de marzo (Roj: STS 1095/2015) y 642/2016, de 26 de octubre (Roj: STS 4646/2016)-.

⁵⁴⁶ Quedan fuera del régimen de reintegración las cesiones de crédito realizadas en el marco de un contrato de factoring (DA 3ª Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-riesgo y de sus Sociedades Gestoras y DA 2ª LC). El Decreto-Ley 5/2015, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública también contempla un régimen especial respecto a los acuerdos de garantías financieras, solo rescindibles si se demuestra que se han realizado en fraude de acreedores (art. 15.5), y respecto a las operaciones financieras o los acuerdos de compensación, si se prueba el perjuicio en la contratación (art. 16.3).

Asimismo, pese a que no lo explicita la norma, quedan fuera de la rescisión los actos procesales dispositivos concluidos por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso y recogidos en una resolución firme. Y ello no obedece a que tales actos escapen al ámbito objetivo de la reintegración concursal sino a la eficacia de cosa juzgada que se predica de aquella resolución judicial. En efecto, no disponemos de remedios procesales para la rescisión de los referidos actos. Ni siquiera la revisión de sentencias firmes en tanto su legitimación activa es limitada a «quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada» (art. 511-I LEC). En este sentido, SENÉS MOTILLA, «La rescisión de los actos procesales del deudor», *La reintegración de la masa* (Dir. BELTRÁN/SANJUÁN), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 117 y 127, y LÓPEZ SÁNCHEZ, «La rescisión concursal de los actos dispositivos procesales», *La reintegración de la masa* (Dir. BELTRÁN/SANJUÁN), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 176 y 177, que propone ampliar la legitimación a la administración concursal, tras la declaración de concurso, para ejercer la revisión de sentencias tanto respecto a actos dispositivos (v.gr., allanamiento) como a cualquier actuación negligente o fraudulenta del deudor en la llevanza del proceso (v.gr., silencio ante un proceso monitorio o no alegación de excepciones a su favor).

⁵⁴⁷ Cuestión distinta ocurre, en cambio, respecto a las transacciones judiciales o acuerdos de mediación que hubieran sido homologados con carácter previo a la declaración de concurso. Defiende la

e) El ejercicio de las acciones de reintegración y la protección de terceros adquirentes

La legitimación activa para el ejercicio de la acción rescisoria concursal y demás de impugnación es atribuida, con carácter principal, a la administración concursal (arts. 231 y 238.2 TRLC). Subsidiariamente, se concede legitimación a los acreedores con sujeción a un doble presupuesto: es necesario instar por escrito a la administración concursal el ejercicio de alguna acción, identificando el acto concreto que se pretende rescindir o impugnar y el fundamento para ello⁵⁴⁸; y, desde el requerimiento, deben transcurrir dos meses sin que la administración concursal ejercite la acción (art. 232.1 y 238.2 TRLC). Solo entonces podrán los acreedores ejercitar aquellas sin que la concurrencia de tales circunstancias comprometa la legitimación activa de la administración concursal (art. 232.2 TRLC).

Respecto a la acción de reintegración, este régimen de legitimación activa resulta aparentemente coherente, salvo por lo que *infra* se expondrá⁵⁴⁹, con la finalidad que persigue como medio de tutela del interés de la masa. De un lado, por cuanto reconoce primariamente la protección del patrimonio a quien tiene la encomienda de su reconstitución y salvaguarda. De este modo, se confiere la indicada “legitimación” con indiferencia del régimen de suspensión o intervención decretado, excepcionando el régimen general *ex* arts. 119 y 120 TRLC⁵⁵⁰. De otro lado, por cuanto se habilita un salvoconducto para que los acreedores *uti singuli* puedan demostrar la concurrencia del

posibilidad de su rescisión, con apoyo en su base negocial, SENÉS MOTILLA, «La rescisión de los actos procesales del deudor», cit., pp. 122 a 127; asimismo, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, 2017, p. 132. En la jurisprudencia, respecto a la transacción judicial, vid. SAP de Castellón (Sección 3ª) 337/2010, de 29 de octubre (Roj: SAP CS 1437/2010).

⁵⁴⁸ El requerimiento a la administración concursal no es preciso que se realice notarialmente; puede llevarse a cabo directamente por el acreedor sin necesidad de abogado y procurador -en este sentido, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 175, y ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (Dir.), Dilex, Madrid, 2003, p. 343- o a través del propio juzgado que conoce del concurso, presentándolo en la secretaría del juzgado para que le den traslado a la administración concursal -SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, p. 334-. El requerimiento del acreedor, en todo caso, debe realizarse de un modo fehaciente que permita acreditar la recepción y la fecha por parte de la administración concursal, so pena de no poder justificar posteriormente ante el órgano jurisdiccional tales extremos.

⁵⁴⁹ Vid. Capítulo VIII.

⁵⁵⁰ Extremo totalmente lógico si se atiende a que el deudor es parte inescindible de la relación jurídica que se impugna y forzosamente ostenta la condición de parte demandada (art. 233 TRLC).

perjuicio patrimonial para la masa activa y, por ende, del colectivo de acreedores en el que se integra (art. 251 TRLC). El contrapeso ante impugnaciones vacuas no es menor: el acreedor instante pleitea a su costa y en interés del concurso (arts. 232.3 y 238.2 TRLC). Solo si logra que la acción prospere, tendrá derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa (como crédito contra la masa *ex art.* 242.4º TRLC) los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la rescisión o impugnación una vez que la sentencia alcance firmeza (arts. 232.3 y 238.2 TRLC). Ninguna compensación más se reconoce, ni siquiera respecto a los bienes que hayan podido ser objeto de reingreso.

Los arts. 231 a 234 TRLC contienen un marco normativo respetuoso con los principios de igualdad y contradicción, fundamentalmente respecto a aquellos que deben resistir el ejercicio de la acción.

En el lado activo, en aplicación de las normas procesales, administración concursal o acreedores podrán intervenir, adquiriendo la condición de parte, con adhesión al demandante inicial (art. 534.2 TRLC⁵⁵¹)⁵⁵²; se refuerza una eventual

⁵⁵¹ El acreedor lo hará como interviniente adhesivo simple, con limitación de la facultad de disposición del objeto procesal, por cuanto no es titular de la relación jurídica litigiosa, pero sí de otra relación jurídica conexa (deudor-acreedor) que se puede ver afectada de manera refleja por la sentencia que se dicte. La administración concursal, como veremos y aunque es discutible, actuaría como representante necesario de la masa activa (art. 7.5 LEC). Por tanto, la incorporación al proceso de la administración concursal lo sería, en rigor, de la masa, parte en el proceso (art. 6.1.4º LEC), que intervendría como interviniente adhesivo litisconsorcial, en tanto que titular de la relación jurídica objeto del proceso. Al respecto, en profundidad, vid. *infra* Capítulo VIII. Sobre la posición de la administración concursal en estos supuestos, vid. SAP de Córdoba (Sección 3ª) 112/2013, de 17 de junio (Roj: SAP CO 1157/2013).

En la jurisprudencia, sin embargo, se encuentran destacados recelos a admitir que los acreedores pueda intervenir en el incidente de reintegración concursal. De este modo, rechazan tal posibilidad, negando que se produzca indefensión, entre otras, el AAP de Barcelona (Sección 5ª), 24 de octubre de 2008 (JUR 2009/35554) y la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 516/2012, de 17 de octubre (Roj: SAP PO 2610/2012). Más razonable resulta la posición mantenida por la SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 510/2012, de 29 de noviembre (Roj: SAP IB 2837/2012), para la que, ejercitada la acción por la administración concursal, el acreedor podrá unirse exclusivamente respecto a los motivos por aquella planteados. Más completa, en esta misma línea, la SAP de Sevilla (Sección 5ª) 36/2014, de 17 de enero (Roj: SAP SE 372/2014): el apoyo de quien sea acreedor «será en todo caso subordinado a la posición de dicha parte, y solo para fortalecer los actos de la misma, nunca para emprender una posición propia y autónoma, como pudiera ser sostener la pretensión actora en un recurso interpuesto contra una resolución contraria, que la propia parte ha consentido». Siguiendo esta última sentencia, entiende que carecen de legitimación los acreedores para sostener el recurso de apelación, SAP de Valencia (Sección 9ª) 100/2015, de 14 de abril (Roj: SAP V 1788/2015).

De interés, por el similar régimen limitado de intervención reconocido a los acreedores, si bien en la sección de calificación, vid. STS (Sala 1ª) 10/2015, de 3 de febrero (Roj: STS 560/2015).

⁵⁵² Bajo el régimen de la LC, aunque la administración concursal dejara pasar los dos meses desde la propuesta de los acreedores o incluso rechazara de plano el ejercicio de las acciones indicadas por estos, la expresa previsión de notificación *ex art.* 72.4 LC -y art. 184.1 LC- evidenciaba el interés en ofrecer a la administración concursal la posibilidad de intervención en el incidente. De este modo lo

intervención de la administración concursal al ser preceptiva la notificación de la demanda interpuesta por los acreedores⁵⁵³ (art. 232.1 *in fine* TRLC; previsión innecesaria a la vista del art. 509 TRLC⁵⁵⁴).

En el lado pasivo, se adoptan, con acierto, ciertas cautelas. En primer lugar, las demandas de rescisión o de impugnación se han de dirigir frente al deudor (art. 233.1 TRLC). Como demandado se le reconoce a este una posición completamente autónoma, manifestación del reconocimiento general que como parte le confiere el art. 509 TRLC. Las posibilidades de alegación y prueba y los actos de disposición del objeto del proceso resultan libres de toda injerencia externa, suavizándose por ende las limitaciones que, con carácter general, se imponen al deudor *ex arts.* 119 y 120 TRLC⁵⁵⁵. En segundo lugar, junto al deudor, la demanda deberá dirigirse frente a

entendía también GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 878. El TRLC clarifica este extremo al reconocer expresamente, junto a la notificación indicada *supra ex art.* 232.1 *in fine*, la posibilidad de la administración concursal de interponer la acción de reintegración trascurrido el plazo de dos meses, al margen de que hubiera sido ejercitada por los acreedores (art. 232.2, primer inciso). En este supuesto, entablada la acción por la administración concursal, «el juez del concurso procederá de oficio a la acumulación de los procedimientos» (art. 232.2, segundo inciso).

⁵⁵³ Debe ser el letrado de la administración de justicia quien, además de dar traslado del escrito de demanda al deudor y demás demandados, notificará la misma a la administración concursal (vid. art. 274 LEC). Respecto al régimen de la LC, atribuye al juez del concurso esta encomienda, SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», cit., p. 334 (téngase en cuenta que esta contribución es publicada con anterioridad a la reforma del art. 274 LEC por Ley 41/2007, de 7 de diciembre), y ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, cit., p. 208. En contra, GULLÓN BALLESTEROS, «La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, cit., pp. 4125 y ss., para quien esta «notificación no parece obligación del órgano judicial».

⁵⁵⁴ Como ya referimos en otro pasaje de este trabajo, el reconocimiento de la condición de parte «en todas las secciones del concurso (...) sin necesidad de comparecencia en forma» consagrada en el art. 509 TRLC, más allá del deficiente rigor técnico, parece dar a entender que es necesario el traslado a administración concursal (y al deudor, al que también se dirige el precepto) de todas las pretensiones que se deduzcan y escritos que se presenten en cualquier sección del concurso. En este sentido, respecto al derogado art. 184.1 LC, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., pp. 1883 y 1884, y HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 194», cit., p. 1956.

⁵⁵⁵ Este reconocimiento se extiende a la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la sentencia estimatoria que se dicte. En este sentido, entre otras, SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 94/2013, de 12 de febrero (Roj: SAP Z 342/2013) y SAP de Madrid (Sección 28ª) 85/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP M 4838/2013), al considerar que no es posible dudar de la existencia de gravamen para el deudor a los efectos de valorar la admisibilidad del recurso (art. 448.1 LEC). En contra, por entender que la estimación de la reintegración no genera un gravamen en el concursado, SAP de Salamanca (Sección 1ª) 398/2013, de 27 de enero (Roj: SAP SA 671/2013) -solo sería recurrible la condena en costas-, y SAP de Toledo (Sección 1ª) 200/2013, de 17 de septiembre (Roj: SAP TO 731/2013).

No se reconoce, en cambio, de manera unánime, la posibilidad de interponer recurso de apelación frente a la sentencia desestimatoria que se dicte: no se puede permitir en vía de recurso lo que el art. 72 LC (en este extremo, actual art. 233 TRLC) veda en primera instancia. Entre otras, SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) 282/2013, de 21 de noviembre (Roj: SAP SS 1159/2013), SSAP La Coruña (Sección 4ª) 397/2012, de 4 de octubre (Roj: SAP C 2545/2012) y 36/2013, de 1 de febrero (Roj: SAP C 226/2013) y SAP de Madrid (Sección 28ª) 223/2014, de 14 de julio (Roj: SAP M 11766/2014).

aquellos que han sido parte en el acto objeto de impugnación (art. 233.1 TRLC). Se impone legalmente un litisconsorcio pasivo necesario controlable a instancia de parte (arts. 416, 420 y 443 LEC) y de oficio⁵⁵⁶, quedando evidenciado que la relación jurídica no puede ser objeto de un pronunciamiento jurisdiccional si no es en presencia de todos los titulares de la misma⁵⁵⁷.

Finalmente, la demanda debe ser dirigida frente a terceros subadquirentes «cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral» (art. 233.2 TRLC). No se impone, pues, un litisconsorcio pasivo necesario⁵⁵⁸. Esto es, resulta potestativo el ejercicio de la acción frente a subadquirentes, salvo que se pretenda atacar la referida buena fe o la irreivindicabilidad del bien. No puede causar extrañeza que así sea, pues nótese que la relación jurídica entre deudor y primer adquirente es perfectamente escindible de la relación jurídica entre el primer y el segundo adquirente. Y si este último goza de protección, escasa virtualidad tendrá dirigir la acción frente a él más allá de dilatar el proceso y abultar las costas⁵⁵⁹.

En relación a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, el ATS (Sala 1ª) nº recurso 1772/2012, de 11 de febrero (Roj: ATS 739/2014) niega que el concursado codemandado pueda oponerse a los interpuestos por el otro codemandado, al carecer aquel de legitimación para pedir que se mantenga la condena de este otro. Ello no solo implicaría «una alteración de la relación jurídica constituida por la demanda y contestación a la demanda, sino también (...) supondría dar facultades de disposición al concursado sobre una acción para cuyo ejercicio no estaba inicialmente legitimado».

⁵⁵⁶ Como señala ORTELLS RAMOS, aunque la jurisprudencia había venido entendiendo que la falta del debido litisconsorcio debe ponerse de manifiesto de oficio en cualquier estadio del proceso, son dos las dificultades que se encuentran en la LEC para conservar este tratamiento procesal. De una parte, el art. 420.1 LEC omite la referencia al examen de oficio del debido litisconsorcio; es más, parece excluirlo implícitamente. De otra, no aparece entre las causas contempladas en los arts. 225 LEC y 238 LOPJ, que habilitan su examen de oficio (arts. 227.2 LEC y 240.2 LOPJ). Con todo y por cuanto la eventual sentencia que se dictara devendría inútil e ineficaz es generalmente admitido el control de oficio, para el que podrían alegarse, no sin importantes reservas, los arts. 404.2 y 425 LEC.

⁵⁵⁷ De este modo expresamente en la STS (Sala 1ª) 495/2015, de 15 de septiembre (Roj: STS 3795/2015) que declara la nulidad de la sentencia dictada en instancia, con retroacción de las actuaciones, hasta el emplazamiento de una de las partes a las que no se dirigió la demanda para que conteste a ella. En este mismo sentido, vid. SAP de Oviedo (Sección 1ª) 116/2011, de 3 de marzo (Roj: SAP O 342/2011); SAP de Álava (Sección 1ª) 565/2011, de 17 de noviembre (Roj: SAP VI 888/2011); SAP de Córdoba (Sección 3ª) 132/2013, de 29 de julio (Roj: SAP CO 1163/2013); SAP de Murcia (Sección 4ª) 132/2013, de 28 de febrero (Roj: SAP MU 454/2013) y SAP de Valencia (Sección 9ª) 216/2014, de 14 de julio (Roj: SAP V 4167/2014).

⁵⁵⁸ De igual opinión, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», *Actualidad jurídica aranzadi*, nº 591, 2003, p. 3 (versión digital), y VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», cit., p. 389.

⁵⁵⁹ Cuestión distinta es que la adquisición del subadquirente se consolide ante la omisión de la preceptiva demanda en su contra. En estos supuestos no es descartable, si las circunstancias del caso lo justifican, una eventual responsabilidad *ex arts. 94 y ss. TRLC* del administrador concursal o de los administradores concursales. En este sentido, en relación a la LC, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», cit., p. 3 (versión digital).

El efecto previsto cuando el bien no puede reintegrarse a la masa activa «por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral» es la condena a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor del bien cuando salió del patrimonio del concursado, más el interés legal (art. 235.4 TRLC). E incluso, si la sentencia declarase la concurrencia de mala fe en quien contrató con el concursado, «se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa» (art. 235.5 TRLC).

El reproche parece desmedido, fundamentalmente si el adquirente es de buena fe. Dos argumentos deben ser valorados. De un lado, el carácter absoluto de la rescisión. Adviértase que esta opera sin excepción. La sanción es, pues, más severa que la prevista para supuestos de normalidad económica en los que la rescisión solo es predicable respecto de terceros que hubieren adquirido de mala fe (art. 1298 CC) y, en caso de bienes inmuebles cuya adquisición hubiere sido inscrita, cuando esta, siendo onerosa, se haya producido siendo el tercero cómplice del fraude (art. 37.4.b LH)⁵⁶⁰.

Este régimen legal -instaurado en la LC y fielmente reflejado en el TRLC- es criticado por un sector de la doctrina para el que, pese a la notable mejora respecto a la legislación precedente, se sigue sin proporcionar al tráfico jurídico de buena fe una satisfacción completa, con normalización registral del concurso⁵⁶¹. Es cierto que el adquirente que contrató con el concursado no gozará de la protección de que dota el art. 34 LH a los terceros hipotecarios pero, ¿qué ocurre con el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH)? En virtud de este principio, en teoría, el registro de la propiedad debería blindar tal adquisición frente a ataques que se funden en el perjuicio patrimonial sin *consilium fraudis* (art. 37 LH). De otro modo, se extenderían al tercero

⁵⁶⁰ En aplicación de lo dispuesto en el art. 37.4.a) LH también las adquisiciones a título gratuito inscritas en el registro de la propiedad podrán verse afectadas por la acción rescisoria ejercitada.

Aunque no está claramente delimitado a qué tercero pueden extenderse los efectos del art. 37 LH, es mayoritariamente entendido en la doctrina que tan tercero es, a estos efectos, el primer adquirente como los sucesivos de ulterior grado. En este sentido, GONZÁLEZ PALOMINO en SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, ed. Reus, Madrid, 1948, pp. 310 a 313; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1975, pp. 493 y ss.; y, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 10 (versión digital). En contra, al entender no extensible el art. 37 LH a los adquirentes de primer grado, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 6ª ed., 1968, pp. 715 y 716; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, cit., p. 307; y LEÓN SANZ, «Comentario al art. 72 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1325.

⁵⁶¹ Por todos, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., pp. 6 y ss. (versión digital).

de buena fe los efectos invalidantes y retroactivos de un acto dispositivo plenamente válido en el momento de su otorgamiento⁵⁶². Y así acontece en el régimen vigente. Es decir, una vez más, en la valoración de los intereses en juego para alcanzar los fines a los que el ordenamiento sirve, el legislador ha entendido adecuado superponer el interés de la masa al interés de la seguridad del tráfico jurídico, al menos respecto al primer adquirente⁵⁶³. No ocurre lo mismo, como veremos, respecto a los adquirentes de ulterior grado.

Otro elemento debe ser tenido en cuenta para constatar el exceso en el reproche frente al deudor de buena fe, a saber, el efecto que se anuda a la rescisión cuando el deudor ha transmitido el bien y este no puede ser reintegrado a la masa. En tal hipótesis, como decíamos, el art. 235.4 TRLC obliga a quien hubiera sido parte del acto rescindido a entregar el valor del bien -al momento de su salida del patrimonio del deudor- actualizado. Esto es, el legislador se desentiende de la transmisión posterior, objetivando la reparación sin valorar el enriquecimiento o perjuicio del adquirente. Algo irrazonable cuando el tercero no se hubiera enriquecido con la transmisión y deba

⁵⁶² Vid. GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 10 (versión digital).

⁵⁶³ Muy contrario a tal tratamiento, DE TORRES PEREA, «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», cit., passim, p. 374: «la Ley Concursal ha sacado la retroacción por la puerta para luego meterla por la ventana, si bien esta nueva “retroacción” que se extendería a los dos años anteriores a la declaración del concurso, es aún más transgresora que la anterior». De este modo lo entiende el autor habida cuenta de que, con el antiguo art. 878 CCom/1885, la nulidad de los actos realizados por el deudor en el periodo de retroacción obedecía a la falta de poder de disposición de este para su realización, lo cual gozaba de acomodo jurídico, sin tener que confrontar con el art. 34 LH, reservado a los subadquirentes -vid. BERMEJO GUTIÉRREZ, «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIII, julio-agosto, 1997, n° 641, pp. 1414 y 1415-. La rescisión actual, sin embargo, no responde a la ausencia de poder de disposición del transmitente (no concurre nulidad alguna), sino que descansa en motivos que adolecen, según el referido autor, del fundamento jurídico suficiente para llevar consigo un reproche de tal alcance. En primer lugar, por el agravio a la autonomía de la voluntad, como complemento a la autonomía personal (art. 10 CE), de aquellos sujetos que libremente y de buena fe acordaron el precio para la transmisión de un bien (art. 38 CE). En segundo lugar, íntimamente ligado a lo anterior, por la inseguridad jurídica que se instaura. A este respecto, se remueve el régimen de ineficacia previsto en el ordenamiento jurídico español habilitando la rescisión, no por circunstancias concurrentes en el momento de la realización del acto, sino atendiendo a actos posteriores sobrevenidos. En tercer lugar, ante la eventual conculcación del art. 1911 CC, pues el deudor responde de sus bienes presentes y futuros, pero no pasados. Así ocurriría, por ejemplo, en los supuestos en los que estando el deudor en una situación de bonanza económica, donara uno de sus bienes, y al tiempo, dentro de los dos años posteriores, se declarara en concurso. La transmisión a título gratuito sería rescindida a pesar de que el deudor se encontraba bien financieramente y de que las partes actuaron de buena fe. En cuarto lugar, por los efectos devastadores que tiene para el tráfico jurídico, con maltrato para el adquirente oneroso de buena fe, el desligar la rescisión del fraude. En ninguna legislación concursal, según el autor, encontramos una rescisión concursal de tal naturaleza, perturbando al tercero que adquiriendo de buena fe y a título oneroso nada tiene que ver con el concursado.

padecer los efectos perjudiciales de la rescisión⁵⁶⁴. Nuevamente se opta por la protección de la masa.

Con todo, la buena o mala fe del adquirente no es obviada por el legislador. Su concurrencia es un factor destacable en orden a determinar la posición jurídica de aquel, especialmente dada la postergación a que se somete al adquirente de mala fe. Una lectura conjunta de los arts. 235.4 y 5 y 236 TRLC así lo acreditan.

En primer lugar, respecto a la graduación del crédito, el derecho a la prestación que se declare judicialmente como consecuencia de la rescisión variará en función del acto objeto de impugnación. Este derecho, en los contratos con obligaciones recíprocas, «tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido» (art. 236.1 TRLC); y, en los actos unilaterales, «la consideración de crédito concursal con la clasificación que le corresponda» (art. 236.2 TRLC)⁵⁶⁵. Sin embargo, en ambas

⁵⁶⁴ Como indica GIL RODRÍGUEZ, en esta restitución *in natura* el precepto no se satisface con evitar el enriquecimiento del intermediario de buena fe, a cuyo efecto podría haberse limitado a exigir la retransmisión del beneficio obtenido, con condena a la entrega del precio o de la acción para hacerlo efectivo (art. 1897 CC). La norma en realidad sanciona, no que el bien hubiera sido transmitido, sino que se adquiriera del deudor. Se obvian, de esta suerte, los deterioros o mejoras que el bien recibiera por cuenta del transmitente de buena fe -en «Comentario al artículo 73», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 896-.

⁵⁶⁵ De este modo, el TRLC incorpora la jurisprudencia de nuestro TS dictada en aplicación de la LC que no distinguía entre la rescisión de contratos con obligaciones recíprocas y actos unilaterales.

Como señalara la STS (Sala 1ª) 723/2012, de 7 de diciembre (Roj: STS 8314/2012): «Esta referencia a la consideración de crédito contra la masa es para diferenciarlo de los créditos concursales y, por lo tanto, para legitimar la obligación impuesta a continuación de que la restitución sea simultánea, y para que, en el hipotético caso en que la contraparte hubiera restituido la prestación por ella recibida sin obtener a cambio la suya, se le permita reclamar su satisfacción inmediatamente, y, en cualquier caso, con preferencia respecto de los créditos concursales derivada de lo dispuesto por los arts. 84.3 y 154 LC».

En efecto, como dejara sentado el TS, en aplicación de la LC, este es el efecto previsto cuando el acto objeto de impugnación es un contrato con obligaciones recíprocas. Sin embargo, cuando lo que se impugnaba era un acto de disposición unilateral, como el pago o la compensación, la rescisión del acto «no conlleva la rescisión del negocio del que nace la obligación de pago (...), surgiendo para el acreedor beneficiario por el pago o la compensación la obligación de restituir la cantidad cobrada o compensada, sin que pierda su derecho de crédito, que deberá ser reconocido como crédito concursal» -en este sentido, STS (Sala 1ª) 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014); en idénticos términos para el pago, vid. STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), y para una dación en pago, SSTS (Sala 1ª) 440/2013, de 2 de julio (Roj: STS 3931/2013), 175/2014, de 9 de abril (Roj: STS 1760/2014) y 715/2014, de 26 de diciembre (Roj: STS 5694/2014)-. E igualmente, «cuando el acto rescindido es un acto dispositivo a título gratuito o una garantía constituida en perjuicio de la masa, la sentencia que acuerda la rescisión no provoca tales efectos restitutorios recíprocos, sino tan solo la ineficacia del acto rescindido y la devolución a la masa del concurso de lo que salió del patrimonio del deudor en virtud del acto gratuito rescindido o, tratándose de una garantía, su extinción»; así: «tratándose de una garantía real, una hipoteca, constituida a favor de un tercero, el efecto de la sentencia rescisoria es la extinción de la garantía y la cancelación de la inscripción registral de dicha hipoteca, sin que ello afecte a la vigencia y eficacia del préstamo en relación al cual se prestó la garantía (...) sin perjuicio de que el prestamista pueda exigir al prestatario las consecuencias que se deriven de la rescisión de la garantía real» -vid. STS (Sala 1ª) 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014)-. Para el supuesto en que la finca hipotecada es

hipótesis, si la sentencia apreciara mala fe en el demandado, el crédito a la prestación tendrá la consideración de crédito subordinado (art. 236.3 TRLC)⁵⁶⁶.

Se potencia así la adquisición de buena fe en los contratos con obligaciones recíprocas, pues la satisfacción del crédito opera como presupuesto de exigibilidad de la restitución -«habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración»-⁵⁶⁷, con sus frutos e intereses (arts. 235.2 *in fine* TRLC y 1295 y 1303 CC), para mayor tranquilidad de aquel que contratara con el deudor⁵⁶⁸. Lo que no obsta para que, entregado el bien, en escenarios de raquitismo económico severo, pueda no existir patrimonio para su pago -cfr. 250.1 TRLC: a prorrata y el último (5º) por el orden indicado-.

Al mismo tiempo se agrava la posición del adquirente de mala fe -sin excepción con independencia del tipo de acto objeto de rescisión- al que se degrada su crédito, que pasa a ser calificado como subordinado (arts. 236.3 y 281.6º TRLC), con postergación en su cobro en los términos del art. 435 TRLC en caso de liquidación, o con sumisión al régimen de participación y vinculación en caso de convenio.

enajenada antes de la declaración de concurso, sin que la hipoteca pueda ser ya cancelada o con la cancelación no se repare el perjuicio ocasionado, vid. STS (Sala 1ª) 143/2015, de 26 de marzo (Roj: STS 1431/2015). Igual criterio al expuesto se mantiene en caso de rescisión del pago de dividendos o del acuerdo social de repartirlos, vid. STS (Sala 1ª) 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014). Un escueto repaso por la doctrina del TS en la materia, vid. STS (Sala 1ª) 654/2016, de 4 de noviembre (Roj: STS 4723/2016).

⁵⁶⁶ Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el régimen recogido en el art. 236.3 TRLC, de esta jurisprudencia también se infería que, en los actos objeto de impugnación distintos al contrato con obligaciones recíprocas, al no resultar de aplicación el art. 73.3 LC, no cabía apreciar mala fe en la contraparte a los efectos de subordinar su crédito -entre otras, SSTS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012), 715/2014, de 26 de diciembre (Roj: STS 5694/2014) y 206/2017, de 30 de marzo (Roj: STS 1221/2017)- ni contra la masa -así, STS (Sala 1ª) 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014)-. En contra, sin embargo, considerando el crédito como subordinado, alguna jurisprudencia de AP. Entre otras, SAP de Granada (Sección 3ª) 145/2011, de 4 de abril (Roj: SAP GR 591/2011) -en relación a una dación en pago-, SAP de Salamanca (Sección 1ª) 297/2011, de 1 de julio (Roj: SAP SA 453/2011) -en relación a una cesión de créditos como pago- y SAP de Toledo (Sección 1ª) 172/2013, de 25 de junio (Roj: SAP TO 547/2013) -en relación a un préstamo-.

⁵⁶⁷ En este sentido, asimismo, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 900 y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 252. Como señala el primero, el art. 73.3 LC (actual art. 236.1 y 3 TRLC) parece dotar al adquirente de idéntica excepción que el art. 1308 CC reconoce a cualquiera de las partes de un contrato nulo en trance de restitución: «Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba». Así, aunque la *exceptio non adimpleti* pudiera ser empleada por la administración concursal frente a la exigencia anticipada del adquirente a la restitución, lo natural es que sirva de eficaz protección del crédito de este frente a la reclamación apremiante de aquella.

⁵⁶⁸ Favorable a la compensación *ex art.* 153 TRLC, respecto al derogado art. 58 LC, con apoyo en el fundamento que justifica la prohibición de compensación tras la declaración de concurso, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», cit., p. 6 (versión digital).

No ocurre de igual modo en la rescisión de los actos unilaterales, en tanto que «la sentencia, si procediera, condenará a la restitución a la masa activa de la prestación objeto de aquel y ordenará la inclusión en la lista de acreedores del crédito que corresponda» (art. 235.3 TRLC).

En segundo lugar, se obliga al adquirente de mala fe, de proceder a la transmisión del bien a un tercero y resultar no reintegrable este, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicio causados a la masa activa, junto al valor del bien actualizado como *supra* describimos (art. 235.4 *in fine* y 235.5 TRLC). La mala fe, que deberá ser probada y estar motivada en la sentencia⁵⁶⁹, parece extensible a cualquier comportamiento que comprometa el interés de la masa, bien por el conocimiento de que la adquisición contribuía al deterioro patrimonial del deudor, bien por la posterior disposición del bien a sabiendas que devendría imposible su restitución⁵⁷⁰.

Finalmente, el adquirente de mala fe debe restituir no solo los frutos percibidos sino los que hubiere podido obtener (art. 455 CC), e incluso soportar los gastos asociados a la pérdida o deterioro de la cosa como poseedor de mala fe (art. 457 CC)⁵⁷¹.

El reproche al adquirente de mala fe merece un juicio favorable. En rigor, la sanción se asemeja extraordinariamente a la prevista para el declarado cómplice del

⁵⁶⁹ Entienden que no cabe la apreciación de oficio de la mala fe, entre otras, la SAP de León (Sección 1ª) 212/2014, de 5 de noviembre (Roj: SAP LE 958/2014), SAP de Murcia (Sección 4ª) 694/2013, de 21 de noviembre (Roj: SAP MU 2696/2013), SAP de Oviedo (Sección 1ª) 116/2011, de 3 de marzo (Roj: SAP O 342/2011) y SAP de Valladolid (Sección 3ª) 319/2012, de 30 de octubre (Roj: SAP VA 1524/2012). En contra, al entender apreciable de oficio la mala fe, SJM nº 1 de Málaga nº recurso 248/2005, de 8 de junio (Roj: SJM MA 81/2007).

⁵⁷⁰ Cfr. PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 254. Para LEÓN SANZ, es preciso seguir una interpretación teleológica de la norma, dado el silencio legal y el carácter estricto de la norma. A su juicio, no basta con que el adquirente tuviera conocimiento de la situación de insolvencia. Es preciso que el deudor haya actuado para perjudicar a los acreedores y que la contraparte conociera esa intención fraudulenta. En caso de transmisiones a personas especialmente relacionadas con el concursado, la mala fe no queda acreditada con la mera demostración de tal relación - en «Comentario al art. 73 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1333-. En este sentido, vid. SSTS (Sala 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (Roj: STS 5328/2010), 662/2010, de 27 de octubre (Roj: STS 5329/2010), 723/2012, de 7 de diciembre (Roj: STS 8314/2012) y 21/2016, de 5 de abril (Roj: STS 319/2016). Según se desprende de esta jurisprudencia, la mala fe va referida a la realización del negocio, sin que sea suficiente «el mero conocimiento de la situación de insolvencia o de proximidad a la insolvencia del deudor». Para esta doctrina, la mala fe está compuesta por dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo: «El subjetivo “no requiere la intención de dañar”, sino “la conciencia de que se afecta negativamente -perjuicio- a los demás acreedores, de modo que al agravar o endurecer la situación económica del deudor, se debilita notoriamente la efectividad frente al mismo de los derechos ajenos”, y “se complementa con el aspecto objetivo, valorativo de la conducta del acreedor, consistente en que ésta sea merecedora de la repulsa ética en el tráfico jurídico”».

⁵⁷¹ Cfr. LEÓN SANZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., pp. 1332 y 1333, y GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 983. Como indican ambos autores, el poseedor de mala fe podrá computar en el montante de su reclamación los gastos necesarios para la conservación de la cosa (arts. 453 y 455 LC) que, según el primer autor, tendrá la consideración de crédito contra la masa. Asimismo, tienen derecho a quedarse con las mejoras de lujo y recreo en que hubieran podido invertir, siempre que los objetos puedan ser separados sin que la cosa sufra deterioro y a menos que la administración concursal no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión (art. 455 CC).

concurso⁵⁷², que debe devolver los bienes y derechos que hubiera obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa, con indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 455.2.4º y 5º TRLC)⁵⁷³.

La preocupación por la seguridad del tráfico solo comienza a apreciarse cuando aparecen los subadquirentes⁵⁷⁴. Así lo anuncia la EM (párr. 19) de la LC: «Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del registro». Se instauran entonces los principios ordinarios que rigen el tráfico jurídico, renunciando a la nulidad radical y absoluta que salpicaba, sin excepción, a cualquier adquirente en el régimen anterior al texto concursal de 2003.

Con todo, como decíamos, no es desconocida la posibilidad de demandar a los subadquirentes «cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral» (art. 233.2 TRLC). Esta resulta una exigencia lógica del derecho a la tutela judicial efectiva, si lo que se pretende es el reingreso a la masa activa de un bien o derecho que se halla en la órbita patrimonial del subadquirente. Así las cosas, acreditado el perjuicio por el actor, corresponderá al subadquirente demostrar que convergen las circunstancias que le dotan de la protección a que remite la norma. Concretamente, la irreivindicabilidad respecto a las adquisiciones al amparo de los arts. 464 CC -para bienes muebles-, 85 y 545 CCom/1885 -para la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público y títulos al portador, respectivamente-, 19 LCCH -para letras de cambio- y 11 LMV -para los valores representados por medio de anotaciones en cuenta-; así como la protección registral que proporciona, respecto a los bienes inmuebles, el art. 34 LH⁵⁷⁵. En aplicación de los principios registrales de

⁵⁷² En cualquier caso, no será extraño que el adquirente de mala fe sea declarado cómplice a la vista de que tal declaración se extiende sobre aquellos que «con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus directores generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable» (art. 445 TRLC), y, entre estos, aparece la salida fraudulenta del patrimonio del deudor de bienes o derechos durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 443.2º TRLC).

⁵⁷³ GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 897.

⁵⁷⁴ En este sentido, GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 11 (versión digital).

⁵⁷⁵ Como ha apuntado GIL RODRÍGUEZ, no se alcanza a entender que se invoque la buena fe en el precepto, como una suerte de *tertium genus*, cuando su concurrencia por sí sola no basta para proporcionar la inatacabilidad del acto adquisitivo y ninguna de las protecciones contenidas en el

legitimación (art. 38-II LH), fe pública (arts. 32 y 34 LH) y tracto sucesivo (art. 20 LH), no tiene acceso al registro de la propiedad el pronunciamiento jurisdiccional dictado en un proceso en el que, junto al primer adquirente, no halla sido parte demandada el subadquirente⁵⁷⁶.

En esta materia, algunas dudas planteaba el régimen jurídico de restitución previsto para los subadquirentes en el derogado art. 73 LC, hoy parcialmente subsistentes a la vista de los arts. 235 y 236 TRLC.

De un lado, por el categórico reconocimiento del derecho a la prestación *ex art. 73.3 LC* como crédito contra la masa (o subordinado, en caso de mala fe) en relación a todo demandado afectado por la rescisión. Respecto a los subadquirentes, difícil encaje podía presentar la norma si no era teniendo en cuenta el título de la adquisición.

En efecto, es ineludible deslindar las adquisiciones a título gratuito de aquellas realizadas a título oneroso, matizando el vigor del derecho a la contraprestación del demandado. Igualmente se ha de proporcionar un tratamiento distinto a la rescisión de los contratos con obligaciones recíprocas y a los actos unilaterales. En ambos extremos, el TRLC (arts. 235 y 236) constituye un notable avance respecto a la LC.

De esta suerte, en los actos unilaterales, en aplicación de los arts. 235.3 y 236.2 TRLC, el adquirente de segundo grado ha de reingresar el bien a la masa, sin pasar por el patrimonio del primer adquirente, y el derecho de crédito resultará a favor de aquel subadquirente con la clasificación que le corresponda (de otro modo, se produciría el enriquecimiento injusto de la masa). Quedan excepcionados de este reconocimiento, como es lógico, los actos de disposición a título gratuito realizados a favor del adquirente de segundo grado que no puede exigir ningún tipo de contrapartida por la restitución de la prestación.

En los contratos con obligaciones recíprocas, parece inferirse de los arts. 235.2 y 236.1 TRLC que el subadquirente restituirá directamente el bien o derecho a la masa

precepto es concebible sin su concurrencia -en «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, p. 885-.

⁵⁷⁶ De este modo se infiere, aunque indirectamente, de la lectura de la RDGRN de 12 de marzo de 2014 (BOE nº 100, de 25 de abril de 2014). En esta resolución se defiende que, en virtud del principio de tracto sucesivo y del art. 24 CE, es necesario demandar en el incidente de reintegración concursal a los titulares de las cargas registrales que constan sobre los bienes que pretenden ser reintegrados. Esta decisión es confirmada por SAP de Alicante (Sección 6ª) 85/2015, de 29 de abril (Roj: SAP A 1018/2015).

activa, con reconocimiento de un derecho a la prestación -crédito contra la masa- de satisfacción simultánea a la reintegración.

Pese a la mejora técnica del TRLC se siguen plateando, sin embargo, incertidumbres. De hecho, es discutible que este régimen jurídico contemple la solución idónea, tanto respecto a la masa activa como al subadquirente. La posición legal de este último es llamativamente débil en relación al primer adquirente, lo que aconseja soluciones más moderadas.

Imaginemos, por ejemplo, que el primer adquirente recibe del concursado un bien a título gratuito, vendido después a otro sujeto a precio de mercado. En aplicación de los arts. 235.3 y 236.2 TRLC, ¿ha de entenderse que el tercero debe devolver el bien quedando reconocido su derecho en la lista de acreedores? Y, ¿con la consideración de crédito concursal? Nótese el evidente deterioro en la posición del subadquirente, pero también el indudable perjuicio para la masa activa que, según la solución propugnada por el tenor literal del TRLC, asume la satisfacción de un montante que ingresó en el patrimonio de un tercero. En estas hipótesis se ha de abogar por no reconocer crédito alguno, debiendo el subadquirente dirigirse frente a aquel de quien percibió la cosa⁵⁷⁷.

Pero aún más, supongamos que el deudor realiza un contrato de obligaciones recíprocas con un primer adquirente, que más tarde enajena a un tercero. A nuestro juicio, a pesar de lo dispuesto en el art. 236.1 TRLC, no se ha de desligar el precio que abona el subadquirente del que, en su caso, paga el adquirente directo. Esto es, la restitución del bien es preceptiva para el tercero más lejano, pero el crédito contra la masa (o subordinado, en caso de mala fe) que se le reconozca en el concurso, lo ha de ser por la cantidad que el primer adquirente abonó al deudor para la adquisición del bien, si fuera de la misma clasificación y hasta un importe igual al abonado por el subadquirente. El montante restante satisfecho en la segunda transacción, de existir, podrá ser reclamado por el subadquirente frente a la contraparte de quien recibió el bien⁵⁷⁸. A nuestro juicio, esta solución es la más razonable para evitar perjuicios a la masa activa, rehuendo agravar, en la medida de lo posible, la situación jurídica del subadquirente.

⁵⁷⁷ En este sentido, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 256 y 257.

⁵⁷⁸ PARRA LUCÁN entiende, en cambio, que el crédito ha de ser reconocido para el primer adquirente y por un importe igual al que debiera satisfacer al subadquirente (en *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 256 y 257).

Además, lo expuesto permite equiparar la posición del segundo adquirente a la del primero, de tal modo que ante una reclamación de la administración concursal para la restitución del bien, la satisfacción del crédito al subadquirente se erige en una condición de exigibilidad de aquella. El tenor del art. 236.1 TRLC parece abogar por esta posibilidad dado que extiende a cualquiera de los demandados -y no solo al primer adquirente- el derecho de satisfacción simultánea de la contraprestación que, en su caso, se reconozca judicialmente.

Otro problema distinto encontramos en la eventual aplicación del art. 37.4 LH a los subadquirentes. Como es sabido, la acción rescisoria de enajenaciones hechas en fraude de acreedores opera respecto a terceros que hubieran adquirido e inscrito su título en el registro de la propiedad, ya deriven de una transmisión a título gratuito, ya lo sean a título oneroso cuando, en este último caso, el adquirente sea cómplice del fraude -art. 37.4º a) y b) LH-. Es así que aparecen voces en la doctrina para las que, por cuanto la rescisión concursal es asimilable a la rescisoria por lesión, y no a una rescisoria por fraude de acreedores, la aplicación del art. 37.4 LH no resulta aceptable. Esto es, no serían extensibles los efectos de tal rescisoria concursal a los subadquirentes por muy perjudicial que pudiera resultar el acto transmisivo para la masa⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ En este sentido, DE TORRES PEREA, «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», cit., pp. 369 a 373. Como ha apuntado este autor, la acción rescisoria concursal no es una rescisoria en fraude de acreedores sino una rescisoria por lesión. Los efectos restitutorios previstos en el art. 235.2 y 3 TRLC son, de hecho, los propios de esta última y no los de la acción por fraude de acreedores que solo daría lugar a una rescisión limitada al *quantum*. Siguiendo al autor, es como si el legislador concursal obviara la concurrencia de dos figuras distintas del CC que, aunque ubicadas sistemáticamente en los arts. 1290 a 1299, no son iguales (de hecho no todos los preceptos son aplicables a las dos acciones). De esta suerte, la doctrina mayoritaria afirma confusamente que el perjuicio de la acción rescisoria concursal es la lesión, entendiendo esta como un efecto propio de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Así las cosas, la acción rescisoria por lesión, del todo excepcional en el tráfico ordinario, se acaba convirtiendo en dogma en el concurso. De igual modo reconoce que el efecto previsto en el antiguo art. 73.1 LC (actual art. 235.2 TRLC) para la rescisoria concursal se aleja de la rescisoria por fraude de acreedores, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 250 y 251. Como señala la autora, aunque doctrinalmente es habitual entender que la restitución recíproca es también efecto de la rescisión por fraude (art. 1295-I CC), carece de toda lógica que el acreedor impugnante venga obligado a devolver nada para que tenga efecto la rescisión por fraude. Ni siquiera cuando el art. 1298 CC alude a la «devolución» podemos inferir que se trata de una restitución, sino como restauración de la situación respecto al acreedor para que este pueda realizar el crédito mediante la ejecución de los bienes sujetos a responsabilidad (en este sentido, vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998, pp. 216 y ss.). Igualmente reconoce tales semejanzas entre la rescisoria concursal y la rescisoria por lesión, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 845.

f) El reproche jurídico reforzado en el concurso: el compatible ejercicio de otras acciones de rescisión e impugnación de los actos del deudor

Junto a la acción rescisoria concursal, la Ley reconoce la posibilidad de que durante el concurso se ejerciten «cualesquiera otras acciones que procedan conforme al derecho general» (art. 238.1 TRLC). Estas acciones constituyen, de igual modo, instrumentos al servicio de la garantía patrimonial.

El alcance del reproche y de la afección patrimonial queda así reforzado con una intensidad destacable: el ejercicio de la acción revocatoria concursal es compatible con otras acciones de impugnación respecto a los actos realizados por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso⁵⁸⁰. El TRLC solo impone una premisa. Estas otras acciones «se ejercitarán ante el juez del concurso siendo de aplicación las mismas normas de legitimación, procedimiento y apelación establecidas para las acciones rescisorias concursales» (art. 238.2 TRLC).

Aunque nada más especifique el TRLC, el rótulo del Capítulo IV -«De la reintegración de la masa activa»- y de la sección 2ª -«De las demás acciones de reintegración»- donde se ubica el art. 238 TRLC -«Otras acciones de impugnación de los actos del deudor»-, permite concretar cuáles pueden ser estas «otras acciones». Estas abarcarán todas aquellas pretensiones que puedan tener un alcance reintegrador de bienes y derechos en la masa activa; a saber, las acciones de nulidad, de anulabilidad y revocatoria común o paulina⁵⁸¹.

A pesar de que tal reconocimiento supone un avance importante para la completa reconstitución de la masa activa despejando las incertidumbres existentes bajo el régimen precedente a la LC⁵⁸², no son pocos los problemas que plantea la adaptación

⁵⁸⁰ Como señala GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 830, cualquier procedimiento que se proponga ser verdaderamente universal, como el concurso, además de ocuparse de convocar a los acreedores del deudor, precisa poner los medios para monopolizar el patrimonio responsable del cumplimiento de aquellas obligaciones (art. 1911 CC).

⁵⁸¹ Vid. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 870, que incluye la actuación en vía subrogatoria «para hacer efectivas reclamaciones que el deudor ha descuidado». De igual opinión, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 1320. A nuestro juicio, por cuanto esta acción no se dirige a la impugnación de los actos del deudor, el régimen jurídico aplicable no es el asociado al art. 238 TRLC sino el general predispuesto en los arts. 119.2 y 120 TRLC. De esta opinión, en relación a la LC, SÁNCHEZ PACHÓN, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, 2008, p. 4 (versión digital).

⁵⁸² En el régimen anterior a la LC de 2003, era discutido si la acción revocatoria ordinaria podía ser ejercitada tras la declaración de quiebra o suspensión de pagos. Como sabemos, la extensión e

de la norma concursal al ejercicio de estas «otras acciones». Fundamentalmente en lo atinente a sus efectos sobre los que el TRLC, al igual que ocurría con la LC, guarda silencio.

A este respecto, convergen posiciones encontradas. De un lado, puede interpretarse que, a riesgo de desnaturalizar la eficacia común de estas acciones, los efectos asociados a su ejercicio deben ser los propios de estas⁵⁸³. De otro, se podría sostener que la eficacia innata de estas «otras acciones» debe ceder forzosamente en situación concursal, con pleno sometimiento a los efectos que al respecto disponen los arts. 235 y 236 TRLC⁵⁸⁴. Finalmente, hallamos una posición intermedia, en la que las acciones revocatorias comunes tendrían cabida en los arts. 235 y 236 TRLC pero no, en cambio, las restantes acciones de impugnación⁵⁸⁵.

La cuestión es muy discutible. Ante el silencio legal y al margen de las necesarias adaptaciones a la situación concursal de tales remedios impugnatorios, mostramos ciertos recelos a privar de plano y de manera absoluta la eficacia de aquellas acciones. *A priori*, si así lo quería el legislador, expresa alusión a ello contendría el

intensidad de la nulidad asociada al régimen de retroacción (art. 878 CCom/1885) y el juego de las acciones revocatorias especiales (arts. 879 a 882 CCom/1885 para la quiebra, aplicables todos ellos a la suspensión de pagos en los términos del art. 21 LSP) distaba de ser claro. De este modo, se cuestionaba cuál debía ser el encaje y alcance de lo dispuesto en el art. 882 CCom/1885, si se trataba: de un reconocimiento superfluo, por cuando el CC, con mayor sencillez, ya concedía a los acreedores la posibilidad de impugnar los actos que el deudor hubiera realizado en fraude de acreedores (arts. 1111 y 1291.3º CC) -en este sentido, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 60-; de una «una acción revocatoria ordinaria, adaptada al procedimiento concursal en su estructura técnica y efectos, que ve limitada su aplicación a los negocios concluidos durante los dos años anteriores ya a la apertura del procedimiento, ya a la fecha de retroacción de la quiebra» -cfr. MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 77 y 90 y ss.-; de una acción nueva para su ejercicio en situaciones concursales (de esta opinión, ROJO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 89 y ss.; p. 91: «no es ni una acción pura de nulidad ni una acción revocatoria ordinaria por fraude a los acreedores; es un tipo mixto, un híbrido que combina elementos de ambas acciones»); o se trataba de una revocatoria especial orientada a reforzar la protección de los acreedores mediante una absoluta presunción de perjuicio (en este sentido, JORDANO, *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, Granada, 2001, pp. 403 y ss.).

Asimismo, era discutida en la doctrina la compatibilidad entre las acciones especiales previstas tras la declaración de la quiebra y las acciones revocatorias ordinarias. A favor, teniendo presente el carácter subsidiario de estas últimas, entre otros, ROJO, *ibidem*, pp. 89 y ss., y JORDANO, *ibidem*, pp. 403 y ss. En contra, MASSAGUER FUENTES, *ibidem*, pp. 90 y ss.

⁵⁸³ De esta opinión, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 1334; y GALÁN CORONA, «Acciones rescisorias concursales», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa* (a cura di SARCINA/GARCÍA-CRUCES), Bari, 2008, pp. 124 y 125.

⁵⁸⁴ De este parecer, en relación al derogado art. 73 LC, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 258, y «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 19, 2010, p. 6 (versión digital).

⁵⁸⁵ En este sentido, respecto al art. 73 LC, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., pp. 887 y 888.

TRLC, en términos similares a lo que ocurre con la remisión a las «normas de legitimación, procedimiento y apelación establecidas para las acciones rescisorias concursales» (art. 238.2 TRLC).

La rúbrica del art. 235 TRLC -«Efectos de la rescisión»- y el empleo de los términos actos «rescindibles» (art. 226 TRLC), «rescisión» (arts. 230, 232, 233, 236 y 237 TRLC) y «rescisorias» (art. 231 TRLC) coadyuvan a esta interpretación. Es decir, a lo sumo, podrían considerarse incardinables en su tenor las acciones revocatorias comunes (arts. 1111 y 1291.3º CC), pero, en ningún caso, las que no gozan de tal naturaleza rescisoria⁵⁸⁶. Más confusión añade, a los efectos de determinar el alcance objetivo del art. 235 TRLC, la amplia fórmula utilizada por el legislador en su apartado primero -«La sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado»-. Sobre su base, podría ser acogida cualquier tipo de ineficacia de las previstas en el CC -nulidad, anulabilidad o rescisión-, aunque no ciertamente una acción por vía subrogatoria (art. 1111 CC).

A nuestro juicio, la valoración de la solución más razonable exige tener presente tres circunstancias: las previsiones legales respecto a estas acciones, la ubicación sistemática del art. 238 TRLC y el espíritu y la finalidad a que atiende la norma concursal.

No puede obviarse que todos los acreedores, consecuencia de la declaración de concurso, quedan sujetos al proceso concursal y no actúan en él como individuos, *uti singuli*, sino como agrupación o colectividad, en la que sus contrapuestos intereses se armonizan para procurar una maximización de la masa activa y posterior satisfacción⁵⁸⁷. El ejercicio de las facultades que le son reconocidas a los acreedores son bien limitadas y están sometidas al cumplimiento de ciertas premisas (arts. 122 y 231 y 238.2 TRLC); el resultado, además, de ser positivo, se dirige siempre a engrosar el activo del concurso.

⁵⁸⁶ El argumento pierde fuerza a la vista del equívoco empleo del término rescisión por parte del legislador a lo largo del TRLC. En efecto, si acudimos al art. 238 TRLC observamos que el legislador contrapone implícitamente el ejercicio de las acciones rescisorias especiales al resto de acciones de impugnación, incluida la acción revocatoria común. Esto es, la rúbrica del art. 235 TRLC y el empleo del término rescisión en los arts. 226 a 237 TRLC no constituyen base sólida para considerar aplicable este precepto a la revocatoria común. El manejo del término rescisión en otros estadios del TRLC, limitado a la rescisoria concursal y no a la común, corrobora, además, esta interpretación.

⁵⁸⁷ Cfr. CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, cit., p. 141. Debemos excepcionar, empero, determinadas actuaciones, destacadamente aquellas relativas al reconocimiento e impugnación de sus créditos.

A ello responde la preocupación por homogeneizar la legitimación, el *iter* procedimental y el régimen de impugnación de tales acciones (arts. 238.2 TRLC). Esto es, una vez aunada la legitimación activa y extendida la afección patrimonial a los bienes y derechos que resulten concernidos por el éxito de su ejercicio, decae la ineficacia relativa o individual asociada a tales acciones⁵⁸⁸. El destino, forzoso, es la restitución del bien o derecho a la masa activa⁵⁸⁹.

Para nuestros tribunales, más allá de estas adaptaciones, la naturaleza de la acción y sus presupuestos permanecen imperturbables. El régimen jurídico aplicable es, además, el común⁵⁹⁰. Esta interpretación, favorable a conservar la eficacia propia de estas acciones, es favorecida por el legislador de 2020, al ubicar sistemáticamente el art. 238 en una sección distinta (2ª) a las acciones rescisorias especiales (sección 1ª).

Ello tiene un destacado impacto en la reconstitución de la masa. En efecto, el ejercicio acumulado de estas acciones⁵⁹¹ amplía sobremanera la extensión del reproche. Y lo hace por una triple vía.

En primer lugar, ampliando temporalmente el ámbito de los actos realizados por el deudor que pueden resultar impugnados. Dadas las facilidades que proporciona la rescisoria concursal para que prospere la declaración de ineficacia respecto a los actos que han tenido lugar en los dos años previos a la declaración de concurso (art. 226 TRLC), el ejercicio de estas «otras acciones» resulta especialmente interesante en momentos previos a este lapso temporal. De este modo, la acción pauliana en los 4 años desde que el perjudicado conoce que se ha realizado el acto (art. 1299 CC), la acción de anulabilidad en los 4 años *ex* art. 1301 CC y la acción de nulidad por simulación absoluta o relativa en cualquier momento⁵⁹².

⁵⁸⁸ De igual opinión, si bien limitada a la acción pauliana, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 888.

⁵⁸⁹ En cuanto a la legitimación activa y el destino de la restitución por el ejercicio de la acción pauliana, vid. STS (Sala 1ª) 245/2013, de 18 de abril (Roj: STS 3009/2013).

⁵⁹⁰ No se desnaturalizan, pues, tales acciones, a las que se aplica su régimen jurídico, ni cabe una aplicación analógica de la acción rescisoria concursal a las mismas. En este sentido, SAP de Burgos (Sección 3ª) 14/2014, de 16 de enero (Roj: SAP BU 39/2014) para la que la existencia de un perjuicio para la masa activa o sacrificio patrimonial injustificado no es suficiente para estimar las acciones del art. 71.6 LC (actual art. 238 TRLC). Doctrinalmente, sin embargo, la cuestión no es tan pacífica. Con referencia a autores en contra, vid. notas al pie 1210 y ss.

⁵⁹¹ Ya se infiere del art. 238.1 TRLC, pero así fue confirmado respecto al art. 71.6 LC por la STS (Sala 1ª) 575/2015, de 3 de noviembre (Roj: STS 4471/2015).

⁵⁹² Es comúnmente reconocido en la jurisprudencia que tales acciones no están sometidas a plazo. Entre otras, vid. SAP Cuenca (Sección 1ª) 36/2010, de 25 de marzo (Roj: SAP CU 66/2010).

Esta ampliación temporal del reproche en interés de la masa se extiende, asimismo, respecto a los actos realizados por el deudor que pudieran resultar perjudiciales en el periodo comprendido entre la aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación. Así lo recoge actualmente el art. 405.2 *in fine* TRLC en reconocimiento de la opinión de nuestro TS, para el que la remisión del derogado art. 147 LC al Título III LC habilitaba el ejercicio de las acciones previstas en el art. 71 LC, con lógica observancia de sus presupuestos y requisitos. De esta suerte, deviene no ejercitable la acción de rescisión concursal por el tiempo al que se limita su ejercicio, pero sí al resto de acciones que no se hallan sometidas a tal acotación⁵⁹³.

En segundo lugar, mediante la potencial agresión de actos legalmente excluidos de la rescisión concursal (art. 230 TRLC). Una lectura conjunta del precepto, su ubicación sistemática y el tenor del propio art. 230 -«En ningún caso podrán ser objeto de rescisión (...)»-, favorece la idea de que tales actos están blindados frente a la rescisoria concursal pero expuestos a cualquier otra impugnación cuando concurran los presupuestos para su ejercicio (art. 238 TRLC)⁵⁹⁴.

En tercer lugar, a través de la impugnación de los acuerdos de refinanciación, colectivos (a excepción de los homologados judicialmente) y singulares, y los acuerdos extrajudiciales de pagos. Para estos expresamente se excluye la rescisión, salvo porque hubiera sido declarado nulo o no reúna los requisitos establecidos el concreto acuerdo (arts. 697 y 698 TRLC)⁵⁹⁵, pero se habilita expresamente su impugnación en los

⁵⁹³ Cfr. STS (Sala 1ª) 198/2017, de 23 de marzo (Roj: STS 1051/2017). Como indica esta resolución: «Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria concursal para los actos realizados en la fase de cumplimiento de convenio en caso de posterior apertura de la fase de liquidación (...) se explica porque los medios ordinarios previstos en la legislación con carácter general, a los que hace referencia el art. 71.6 de la Ley Concursal, son suficientes para proteger la integridad de la masa activa y la *par condicio creditorum* en esta situación y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de acreedores y que, además, pueden impedir el cumplimiento del propio convenio y la satisfacción de los créditos de los acreedores en la fase de liquidación que se abra».

⁵⁹⁴ De esta opinión, en relación a la LC, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 867; y PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., p. 7 (versión digital). En la jurisprudencia, así lo admite, entre otras, la SJM nº 1 de Jaén 206/2012, de 7 de diciembre.

⁵⁹⁵ Como reconociera la STS (Sala 1ª) 363/2014, de 9 de julio (Roj: STS 2945/2014), ni las normas que introdujeron los acuerdos de refinanciación (DA 4ª del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo), ni las posteriores reformas concursales que los ha modificado (Ley 38/2011, RD-Ley 4/2014, Ley 17/2014, Ley 9/2015 y TRLC -estas tres últimas las añadimos nosotros-) impide que, en los acuerdos de refinanciación que no se acojan a la protección específica prevista en los actuales arts. 597 y ss. y 697 y 698 TRLC (art. 71 bis y DA 4ª en la LC), deba seguir examinándose si existe o no sacrificio patrimonial injustificado: «aunque los acuerdos no se ajusten a los requisitos exigidos por las nuevas normas pueden ser igualmente inmunes si no comportan perjuicio concursal en el sentido del art. 71 LC». En esta misma dirección, la SJM nº 1 de Jaén 206/2012, de 7 de diciembre, para la que la concurrencia de los requisitos

términos del art. 699 TRLC. Esto es, se reconoce legitimación exclusiva a la administración concursal para el ejercicio de la acción rescisoria y demás de impugnación (art. 697 TRLC), con exclusión de la legitimación subsidiaria de los acreedores (art. 699.1 TRLC), y se le atribuye la carga de la prueba del incumplimiento de los requisitos establecidos en el TRLC para el ejercicio de la rescisoria (art. 699.2 TRLC). Este último extremo estorba por obvio.

Con todo, no negaremos que la impugnación de un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos se presenta intrincada. Especialmente por las severas condiciones que se estipulan para aquellos acuerdos que se alcancen al amparo de los arts. 598 y 604 TRLC, respecto a los de refinanciación, y de los arts. 662 y ss. TRLC, respecto a los extrajudiciales de pagos. De este modo, ante una eventual acción revocatoria ordinaria, la prueba del fraude, siendo posible, resultará más compleja, y la evidencia de una simulación, ante una acción de nulidad, precisará de un mayor celo⁵⁹⁶. La acción de anulabilidad (v.gr., por vicio del consentimiento, dolo, error, intimidación o violencia), *a priori*, puede presentar más difícil ajuste aunque no devendrá imposible⁵⁹⁷.

Con carácter general, el ejercicio simultáneo de estas acciones no se antoja insólito. Las actuaciones tendentes a esquivar los efectos rescisorios de la reintegración concursal abona la aparición de negocios jurídicos simulados dirigidos a generar la ficción de equilibrio en las contraprestaciones.

Así, por ejemplo, en supuestos de simulación absoluta -v.gr., compraventa de un bien que en realidad no se ha producido-, acompañada de una eventual acción revocatoria ordinaria o acción rescisoria concursal, el ejercicio de la acción de nulidad se reputa como la más idónea: ante los problemas para demostrar la ficción perseguida y la verdadera voluntad de las partes, jurisprudencialmente es admitida la prueba

establecidos legalmente blinda, sin excepción, el acuerdo de refinanciación de una eventual rescisión, pero su falta de confluencia no determina, automáticamente, aquella rescisión. En todo caso, debe probarse su resultado perjudicial para la masa activa, pudiendo, incluso, ser objeto de impugnación mediante el ejercicio de las «otras acciones» (art. 697.3 TRLC). En este sentido, tanto respecto a los acuerdos de refinanciación como a los extrajudiciales de pagos, vid. lo dispuesto en el art. 699.1 y 2 TRLC.

⁵⁹⁶ En esta línea, respecto al régimen introducido tras el RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo, en la LC, PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., pp. 7 y 8 (versión digital).

⁵⁹⁷ Aunque, como reconoce la SJM nº 1 de Jaén 206/2012, de 7 de diciembre (Roj: NO LA ENCUESTRO), no resultará imposible este escenario: una refinanciación realizada con dolo o con violencia no puede estar amparada por la norma.

indiciaria y por presunciones dirigida a evidenciar en el juzgador la realidad de una mera apariencia engañosa⁵⁹⁸ (v.gr., no se produce entrega del bien, el transmitente sigue en posesión del mismo o este sigue abonando los impuestos)⁵⁹⁹. El resultado, demostrada la simulación, será la restitución formal del bien a la masa sin reconocimiento, por inexistente, del derecho de prestación en contrario⁶⁰⁰.

Del mismo modo ocurre en los supuestos de simulación relativa –v.gr., compraventa de un bien que encubre una donación–, en los que la estimación de la acción de nulidad determina la nulidad del contrato simulado (la compraventa) con plena validez del encubierto (la donación). Respecto a este, el ejercicio simultáneo de la

⁵⁹⁸ Vid., con glosa de muchas anteriores, STS (Sala 1ª) 836/1998, de 21 de septiembre (Roj: STS 5237/1998). Entre otras, se aplica tal prueba de presunciones en las SSTS (Sala 1ª) 1125/1993, de 26 de noviembre (Roj: STS 8062/1993); 484/1995, de 25 de mayo (Roj: STS 2962/1995); y 1250/1998, de 31 de diciembre (Roj: STS 8055/1998).

⁵⁹⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., pp. 12 y 13 (versión digital). En esta línea, GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 867.

⁶⁰⁰ Un supuesto de simulación absoluta con ejercicio simultáneo de acción de nulidad y revocatoria ordinaria localizamos en la STS (Sala 1ª) 575/2015, de 3 de noviembre (Roj: STS 4471/2015). En ella se discute si el fraude de acreedores puede ser esgrimido como fundamento del ejercicio de diversas acciones encaminadas a obtener la declaración de ineficacia del negocio o acto jurídico o si exclusivamente puede servir para fundar una acción revocatoria ordinaria. En opinión del Alto Tribunal, el fraude de acreedores no limita su virtualidad a servir de fundamento de esta última, pues dependiendo de la concurrencia de diferentes requisitos y de la naturaleza del fraude podrán ejercitarse unas u otras acciones, o ejercitarse alternativamente para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en una determinada acción respecto de los exigidos en otra. Como la sentencia reconoce: «Dada la dificultad de probar el elemento intencional del propósito común de defraudar los derechos del acreedor mediante la celebración del contrato, la acción rescisoria deviene especialmente útil para lograr la protección del derecho de crédito, aunque con las limitaciones que suponen su plazo de caducidad (cuatro años, 1299 del Código Civil) y el requisito de subsidiariedad, pues solo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso para obtener la reparación del perjuicio (art. 1294 del Código Civil) (...) Por tanto (...) es admisible que el ejercicio de estas acciones se realice acumuladamente (sentencia de esta Sala nº 278/2008, de 6 de mayo, y 422/2010, de 5 de julio) siendo lo habitual que se ejercite con carácter principal la acción de nulidad y, de forma subsidiaria, la acción rescisoria, para el caso de que no resultara suficientemente acreditada la concurrencia de los requisitos más estrictos exigidos en la acción de nulidad (bien por simulación bien por causa ilícita) respecto de los exigidos en la acción rescisoria». Simulación absoluta y ejercicio simultáneo de las referidas acciones encontramos, asimismo, en la SAP de Córdoba (Sección 3ª) 181/2011, de 29 de julio (Roj: SAP CO 744/2011) -autocontrato en perjuicio de acreedores con desprendimiento del principal activo de la concursada-. Se acumula la acción de nulidad y la rescisoria concursal en la simulación absoluta del supuesto de hecho de la SJM nº 3 de Madrid 111/2005, de 28 de abril.

En cambio, en la SAP de Córdoba (Sección 3ª) 6/2011, de 13 de enero (Roj: SAP CO 752/2011), ante otra simulación absoluta -reconocimiento de deuda por un préstamo anterior e hipoteca mobiliaria constituida sobre un camión para garantizar la deuda- se ejercita exclusivamente la rescisoria concursal y es estimada por entender concurrentes el requisito temporal y el perjuicio para los acreedores (también, a mayor abundamiento, el *consilium fraudis* en tanto que la simulación contractual es demostrada). No así en la SAP de Madrid (Sección 28ª) 74/2014, de 7 de marzo (Roj: SAP M 4038/2014), en la que se simula un arrendamiento para aparentar la existencia de título que justifique la ocupación en época inmediatamente anterior a la declaración de concurso. En esta resolución se consideró que la acción de reintegración no podía tener por objeto un contrato nulo, el simulado, en tanto que la acción de reintegración está prevista exclusivamente contra actos válidos que no adolecen de ninguna ineficacia estructural.

acción de nulidad junto a la rescisoria concursal, permitirá la rescisión de la transmisión a título gratuito⁶⁰¹ (art. 227 TRLC)⁶⁰².

Y, en fin, tampoco debe extrañar el ejercicio simultáneo de la rescisoria concursal y la revocatoria común en aras a garantizar un concreto resultado⁶⁰³. Probablemente es en la eficacia de esta última donde mayor impronta podría tener la declaración de concurso. Desde luego así deberíamos entenderlo si los efectos de esta acción se integraran en los arts. 235 y 236 TRLC⁶⁰⁴ -cuestión esta, por lo ya visto, bastante improbable-: no solo se prescindiría del carácter personal de la acción, ya no ejercitable por el acreedor perjudicado sino por la administración concursal *ex art. 238 TRLC*⁶⁰⁵, sino también de su ineficacia relativa y parcial, pues, de un lado, la privación de eficacia del acto impugnado ya no lo sería solo respecto del acreedor perjudicado, y, de otro, tampoco lo resultaría en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio sufrido.

⁶⁰¹ No parece entenderlo así la STS (Sala 1º) 715/2014, de 26 de diciembre (Roj: STS 5694/2014) en la que se simula una compraventa que encubre una dación en pago. En ella resulta suficiente el ejercicio de la acción de reintegración para restituir el bien a la masa. En efecto, en el asunto, ante la interposición de acción de reintegración concursal por la administración concursal, el juzgado mercantil entendió que, por cuanto los actos con sustantividad propia eran dos -la compraventa y el pago-, declarar la simulación, implícitamente afirmada en la demanda, excedía de las atribuciones del órgano judicial, desestimando en consecuencia la acción. El pronunciamiento es revocado por la AP y la revocación es confirmada por el TS: «El primero sólo sirve para disimular el segundo, razón por la que, en la valoración jurídica del conjunto, aquel no se toma en consideración, más que en su papel instrumental. (...) Por ello, para decidir sobre las rescisión del acto o negocio realmente ejecutado, cuando se haya intentado ocultarlo bajo la apariencia de otro, será necesario, previamente, afirmar la simulación y hacerlo entraba en el ámbito de la cognición atribuida al Juez del concurso».

⁶⁰² Vid. sobre la cuestión, PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., pp. 13 y 14 (versión digital).

⁶⁰³ Tal compatibilidad es expresamente reconocida, entre otras, en SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 426/2013, de 8 de octubre (Roj: SAP Z 2040/2013), SAP de Burgos (Sección 3ª) 280/2014, de 1 de diciembre (Roj: SAP BU 926/2014) y SAP de La Coruña (Sección 4ª) 137/2015, de 29 de abril (Roj: SAP C 1094/2015).

⁶⁰⁴ Respecto a la LC, en este sentido lo defendía GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 73 LC», cit., p. 888. Asimismo, aunque para todas las acciones de impugnación, PARRA LUCÁN, «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», cit., p. 6 (versión digital).

⁶⁰⁵ Pese a la claridad normativa hay quienes todavía procuran una declaración jurisdiccional negatoria de la legitimación de la administración concursal en el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores. En aplicación de la LC, entre otras sentencias que desestiman tal pretensión, declarando la legitimación de la administración concursal, SSAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 238/2013, de 30 de mayo (Roj: SAP IB 1235/2013) y 468/2013, de 16 de diciembre (Roj: SAP IB 2683/2013), y SAP de Madrid (Sección 28ª) 169/2015, de 12 de junio (Roj: SAP M 9350/2015). En apoyo de sus pedimentos, algunos siguen aludiendo a la errática STS (Sala 1ª) 25/2004, de 30 de enero (Roj: STS 471/2004), que referida a la suspensión de pagos, reconoció la posibilidad de que un acreedor individual pudiera, en su exclusivo provecho, ejercitar la acción revocatoria ordinaria aun declarada la suspensión de pagos. Años después, reconociendo que la legitimación activa corresponde a la sindicatura concursal y no a los acreedores directamente afectados por el acto de disposición, vid. STS (Sala 1ª) 245/2013, de 18 de abril (Roj: STS 3009/2013). Al respecto, vid. nota al pie 1209.

Respecto a este último extremo, nuestro TS mantiene una posición clara, a la que parece acomodarse el TRLC. En efecto, en la STS (Sala 1ª) 682/2016, de 21 de noviembre⁶⁰⁶, con ocasión de una escisión societaria cuya transmisión patrimonial pretendía ser objeto de restitución, nítidamente se distingue entre la eficacia de la acción rescisoria concursal y de la rescisoria común. De esta suerte, defiende que mientras la rescisión concursal, por ser total, no puede ser estimada sin declarar ineficaz la propia escisión, la estimación de la acción pauliana, por ser parcial, sí puede determinar la satisfacción de los créditos ilícitamente defraudados con la operación, sin necesidad de dejar sin efecto la escisión misma (FJ 3º y 7º). De este modo, se sostiene que la inimpugnabilidad de las modificaciones estructurales traslativas prevista en el art. 47.1 Ley 3/2009, de 3 de abril, afectaría a las acciones que procuran su ineficacia⁶⁰⁷, pero no impediría otros remedios dirigidos a salvaguardar los derechos de determinados acreedores indebidamente sorteados, como ocurriría con la acción revocatoria común⁶⁰⁸.

Consecuencia de la declaración de concurso, por tanto, las únicas adaptaciones que sufrirá esta acción estarán referidas a la legitimación principal para su ejercicio y al destino de la restitución⁶⁰⁹. E igual conclusión, siguiendo el razonamiento del TS, sería extensible al resto de acciones. *A sensu contrario*, el régimen del derogado art. 73 LC quedaba circunscrito a las acciones de reintegración concursal, en la línea de lo ya apuntado en el sistema vigente.

⁶⁰⁶ Roj: STS 5136/2016.

⁶⁰⁷ Este precepto regula el régimen de impugnación de las fusiones y, por extensión, de todas las modificaciones estructurales traslativas, como la escisión parcial. De su lectura, como declara la STS (Sala 1ª) 682/2016, de 21 de noviembre, se infiere con claridad la voluntad de restringir al máximo la posibilidad de que, una vez inscrita la escisión, pueda instarse su ineficacia. El efecto sanatorio de la inscripción registral de escisión no es total pues se puede instar la nulidad por infracción de las normas legales para realización de cada concreta modificación, en el plazo de tres meses desde que fuera oponible esta a quien invoca la nulidad (art. 47.2 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles). El resto de acciones que persigan la ineficacia de la modificación estructural traslativa, sea una acción de nulidad sea una acción de reintegración concursal, no pueden prosperar. Razones de seguridad jurídica justifican este restrictivo régimen legal de impugnaciones, que deja a salvo el derecho de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios (art. 47.1 *in fine* Ley 3/2009).

⁶⁰⁸ Como refiere el FJ 7º de la referida STS: «No sería inconveniente para ello que se hubiera declarado el concurso de la sociedad escindida, pero la acción a ejercitar, que no sería la rescisión concursal (...) pretendería una compensación equivalente sólo a los créditos que hubiera sido, en su caso, ilícitamente defraudados con la escisión. Esto es, sin perjuicio de que se tratara de una acción colectiva ejercitada por la administración concursal (arts. 71.6 y 72.1 LC) y que lo obtenido fuera a parar a la masa, el importe reclamado guardaría relación con los créditos que realmente hubieran sido ilícitamente defraudados, que necesariamente deberían ser anteriores a la escisión».

⁶⁰⁹ En la STS (Sala 1ª) 245/2013, de 18 de abril (Roj: STS 3009/2013) expresamente se alude a ambas cuestiones sin expreso pronunciamiento a los efectos de esta acción. Siguiendo este pronunciamiento, entiende que estas son las únicas variaciones que el contexto concursal impone sobre la acción pauliana, SSAP de La Coruña (Sección 4ª) 137/2015, de 29 de abril (Roj: Roj: SAP C 1094/2015) y 169/2015, de 20 de mayo (Roj: SAP C 1357/2015).

Con todo, encontramos puntual jurisprudencia menor que no pareció seguir igual criterio. Así ocurrió, por ejemplo, en la estimación de una acción de nulidad, con lógica restitución de las prestaciones más sus frutos e intereses *ex* 1303 CC (en idénticos términos art. 73.1 LC), pero con calificación del crédito como subordinado al entender concurrente mala fe en la contraparte (art. 73.3 LC)⁶¹⁰.

4.3.3. La reintegración de la masa en supuestos de concurso culpable

La reintegración de la masa activa puede ser completada con la eventual sentencia de calificación que declare el concurso culpable (arts. 441 y 455 TRLC).

La calificación cumple no solo una función preventiva⁶¹¹, sino también reparadora⁶¹². En efecto, en la calificación concursal, el reproche a la actuación del deudor respecto al desarreglo patrimonial lleva asociados remedios dirigidos a minorar el impacto económico adverso generado y vinculado al estado de insolvencia⁶¹³.

Tales instrumentos reparadores se proyectan no solo sobre el deudor concursado. Asimismo se ven afectados los sujetos que configuraron su voluntad y determinaron su actuación, y los terceros que, con dolo o culpa grave, colaboraron con el deudor o con sus representantes legales, administradores, liquidadores o directores generales en la

⁶¹⁰ En este sentido, SAP de Barcelona (Sección 15ª) 318/2014, de 7 de octubre (Roj: SAP B 10762/2014). En contra, al entender que la mala fe solo se puede predicar del ejercicio de la acción de reintegración concursal, SAP de Burgos (Sección 3ª) 280/2014, de 1 de diciembre (Roj: SAP BU 926/2014).

⁶¹¹ Para GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, el carácter preventivo del proceso concursal es predicable respecto a los potenciales futuros acreedores que con el concursado pudieran relacionarse. Nótese que la calificación del concurso culpable logra minorar el riesgo de que los sujetos afectados por esta, por actuar con dolo o culpa grave, puedan afectar negativamente *pro futuro* a terceros potenciales acreedores, con la consecuente lesión en el tráfico jurídico (en *La calificación del concurso*, cit., pp. 108 y 109). Sin desconocer esta realidad a la que sirve la sección de calificación *ex post*, no debemos obviar la relevante función preventiva que cumple *ex ante*.

⁶¹² En palabras de HERRERA CUEVAS, la calificación concursal cumple una doble función: preventiva y redistributiva (en *Manual de la Reforma Concursal*, ed. Europea de Derecho, Madrid, 2004, p. 572).

⁶¹³ Ahora bien, como ha señalado GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, no puede atribuirse al expediente de calificación una función meramente resarcitoria, pues quedarían fuera otros cometidos de importante alcance como son los efectos personales que procuran una finalidad preventiva (v.gr., inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar a cualquier persona) y aquellos otros sancionadores dirigidos a reprender la actuación dolosa o por culpa grave en el ejercicio de las ocupaciones asumidas (en *La calificación del concurso*, cit., pp. 108, nota al pie 1).

Pero no se agotan aquí las posibilidades que brinda la sección de calificación concursal. El empleo del calificativo retributivo para describir la concreta tutela complementaria que se dispensa en la sección de calificación es plenamente intencionada, pues engloba no solo medidas punitivas sino también medidas de recompensa o premio, dirigidas a reforzar el interés del deudor en alcanzar un convenio en los términos del art. 446.2 TRLC. Esto es, se condiciona la apertura de la calificación al cumplimiento de determinados presupuestos, en una suerte de estímulo positivo que compela al deudor a procurar tal convenio.

realización de cualquier acto que sirva para fundar la calificación del concurso como culpable (art. 445 TRLC). Su proceder determina el fatal desenlace y, por tanto, también a ellos debe extenderse, en su caso, la responsabilidad patrimonial contraída.

El TRLC prevé distintos instrumentos orientados a paliar la merma patrimonial y procurar la maximización de la reconstitución de la masa activa en los supuestos en los que el concurso es calificado como culpable. Estos se pueden agrupar en dos bloques.

En primer lugar, se contempla «la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa» (art. 455.2.3º TRLC), «la condena (...) a devolver los bienes o derechos que indebidamente hubieran obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa» (art. 455.2.4º TRLC), así como «a indemnizar los daños y perjuicios causados» (art. 455.2.5º TRLC).

En segundo lugar, y en la medida en que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado el estado de insolvencia, el órgano jurisdiccional podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit patrimonial generado a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada (art. 456.1 TRLC). Esta cobertura se extiende a aquellos que hubieran ostentado cualquiera de estas condiciones en los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 442 *in fine* TRLC) y, en caso de concurso consecutivo, junto a los anteriores, el juez podrá condenar a los administradores y a los socios que se hayan negado sin causa razonable a proponer o a acordar la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, siempre que hubieran sido declaradas personas afectadas por la calificación (art. 702.1 TRLC; vid. arts. 700, 701 y 702.2 TRLC).

Esta responsabilidad está prevista para los supuestos en los que la sección de calificación se formara o reabriera como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, o, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, en caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio (arts. 456.1 y 4 y 702 TRLC).

La virulencia del reproche y la extensión de la afección patrimonial se prolonga así al patrimonio personal de aquellos que originaron o acrecentaron el estado de insolvencia por una práctica profesional en la que ha mediado dolo o culpa grave, con consecuente incumplimiento de sus deberes legales. Como es lógico, esta responsabilidad debe ser individualizada judicialmente de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso como culpable (arts. 456.3 y 702.2 TRLC).

Debe subrayarse que esta responsabilidad se erige en una suerte de sanción civil retributiva y, destacadamente, punitiva, dirigida, de un lado, a reprobar la actuación negligente y distraída de aquellos que han ocupado puestos de dirección empresarial respecto a los deberes generales que le son exigibles en el quehacer desempeñado y de los socios que, sin causa razonable, hubieran contribuido a formar una mayoría necesaria para rechazar un acuerdo de capitalización de créditos, de emisión de valores o instrumentos convertibles, y, de otro, a reparar el menoscabo patrimonial producido mejorando la respuesta del proceso concursal a los intereses en juego⁶¹⁴. Se conjuga, pues, con este reproche patrimonial un doble interés: el de los acreedores, acrecentando sus posibilidades de cobro en sede concursal (art. 461.2 TRLC); y el de la seguridad del tráfico civil y mercantil, proscribiendo los comportamientos que determinan la calificación del concurso como culpable⁶¹⁵.

Nuevamente se atribuye a la administración concursal la legitimación principal para estimular la ejecución de la condena o de las condenas que contenga la sentencia de calificación; igualmente se concede legitimación a los acreedores, si bien subsidiaria, una vez instada por escrito a la administración concursal la solicitud de ejecución y

⁶¹⁴ En este sentido, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, cit., p. 112 que califica tal sanción como «pena civil». Y es que los paralelismos entre el reproche penal previsto en los arts. 259 a 261 bis CP y la sanción punitiva de la calificación concursal son evidentes: ambas se dirigen a corregir las actuaciones contrarias al deber de diligencia, por dolo o culpa, en la gestión de asuntos económicos producidos en una situación de crisis económica. Sin embargo, subyacen diferencias destacables, en especial, la redención del deudor concursado habilitada en el proceso concursal cuando aquel logra alcanzar un convenio “no gravoso” (art. 446.2 TRLC).

⁶¹⁵ Asimismo, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, *La calificación del concurso*, cit., p. 113.

Adviértase también que la condena para cubrir el déficit patrimonial, total o parcialmente, va generalmente acompañada de la inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo (art. 455.2.2º TRLC). Esta inhabilitación, si repercute en administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, comporta el cese automático en sus cargos (art. 459.1 TRLC). Se observan pues, también en este extremo, las consecuencias de la sanción civil retributiva y destacadamente punitiva.

transcurrido un mes sin que esta interpusiera la pretensión ejecutiva desde el requerimiento (art. 461.1 TRLC)⁶¹⁶.

4.3.4. Otros sistemas de reintegración: acciones frente a socios y frente a administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora

La responsabilidad derivada del concurso culpable no riñe con el ejercicio de acciones de responsabilidad, social e individuales, por daño directo o por obligaciones sociales⁶¹⁷; tampoco con la actuación judicial de otras pretensiones orientadas a resarcir el patrimonio social.

El TRLC ordena, en sus arts. 131 y 132, dos tipos de acciones ejercitables tras la declaración de concurso: contra los socios y contra los administradores, liquidadores o auditores, respectivamente.

a) Acciones frente a los socios

a. Respecto al socio personalmente responsable por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso

En concretas formas societarias, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales constituye un sistema especial de reintegración de la masa una vez es declarado el concurso. Así acontece en relación a los socios de la sociedad civil (art. 1698 CC), de la sociedad colectiva (art. 127 CCom/1885), de la agrupación de interés económico (art. 5 Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupación de interés económico), de la sociedad comanditaria simple (art. 148 CCom/1885) o por acciones (art. 151 CCom/1885) y de la sociedad irregular (art. 39 TRLSC)⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Sobre esta legitimación, vid. *infra* Capítulo VIII.

⁶¹⁷ En este sentido, vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores* (Dir. ROJO/BELTRÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 294 y 295, y VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, p. 60, para los que no hay confusión o solapamiento entre la responsabilidad por ejercicio de la acción social y la acción individual por daño directo, de carácter indemnizatorio, con la responsabilidad concursal, que se erige en una suerte de sanción civil. En contra, respecto a la acción social, VÁZQUEZ ALBERT, «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 2004, p. 1068, para quien se produce cierto solapamiento entre los dos regímenes en tanto que ambos poseen presupuestos parcialmente coincidentes y permiten alcanzar una finalidad común.

⁶¹⁸ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 985; VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 570; y GARCÍA RUBIO, «Comentario

Aunque ciertamente se ha de negar la extensión del concurso de estos tipos sociales a sus socios, es innegable que la tradicional acción de los acreedores para exigir el pago de su crédito frente a estos se erige en un instrumento que engrosa la masa activa a costa del patrimonio personal del socio, permitiendo completar el activo social insuficiente para liquidar las deudas contraídas por la sociedad⁶¹⁹.

El régimen de estas acciones presenta lógicas especialidades derivadas del carácter subsidiario de la acción y la universalidad asociada a la declaración de concurso. Es así que, junto al régimen de legitimación activa⁶²⁰, se instauran límites temporales una vez acreditada la escasez del patrimonio social. De esta suerte, solo una vez aprobado el convenio o abierta la fase de liquidación⁶²¹, es posible instar esta acción que goza frente a los socios de carácter ilimitado y solidario.

b. Respecto a las aportaciones sociales diferidas y otras prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento

No es infrecuente que las aportaciones de los socios sean total o parcialmente diferidas (arts. 81 y ss. TRLSC en sociedades anónimas, arts. 1681 y 1682 CC en sociedades civiles y arts. 170, 171 y 218.4º CCom para sociedades mercantiles de personas).

La declaración de concurso acarrea la adaptación del régimen común con dos ajustes: dota de legitimación exclusiva a la administración concursal para su ejercicio, y habilita la posibilidad de instar la aportación «cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos» (art. 131.1 TRLC). En la inteligencia de que la declaración de concurso instaura una realidad distinta que puede justificar su petición en cualquier momento⁶²², se innova el sistema general que obliga a modificar los estatutos para anticipar su exigibilidad.

al artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 441 y 442.

⁶¹⁹ BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 986.

⁶²⁰ Sobre la legitimación activa, vid. *infra* Capítulo VIII.

⁶²¹ Como señala BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 987: «En caso de convenio, la administración concursal deberá reclamar aquella cantidad que el acuerdo determine y, en caso de liquidación, la cantidad en la que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de todos los acreedores, concursales -incluyendo los subordinados- y extraconcursoales».

⁶²² Un apunte de derecho comparado sobre este instrumento puede localizarse en MORENO SERRANO, *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, ed. Wolters Kluwer-La Ley, 2014, p. 295, nota al pie 442.

Pese a su formulación legal -«en cualquier momento y cuantía que estime conveniente»-, la facultad conferida a la administración concursal para requerir tal aportación queda supeditada a su real necesidad⁶²³. Es así que solo cuando la situación de déficit patrimonial lo avale es factible su empleo para hacer frente a los pagos de la concursada⁶²⁴.

Es importante notar que los desembolsos no solo quedan justificados para atender la satisfacción directa de los acreedores⁶²⁵. Es, por tanto, indiferente el estadio procedimental en el que se halle el concurso o el montante de las cuantías a desembolsar, total o parciales, que quedan supeditadas a las necesidades del concurso.

A lo anterior, el art. 131.2 TRLC adiciona la oportunidad de instar el cumplimiento de las prestaciones accesorias pendientes. Estas no integran el capital social (cfr. art. 86.2 TRLSC) por lo que se ha de discriminar entre los derechos de crédito de la sociedad por prestaciones accesorias de los socios pendientes de cumplimiento al momento de la declaración de concurso, de aquellas otras no debidas en este instante temporal.

Mientras las primeras pueden ser exigidas en tanto que constituye un derecho de crédito de la sociedad frente al socio; las segundas, en principio, continúan tras la declaración de concurso, amén de que puedan ser susceptibles de reclamación por la administración concursal, con eventual compensación (vid. art. 87 TRLSC), o de resolución atendiendo al interés del concurso⁶²⁶.

b) La acción social de responsabilidad y otras acciones de responsabilidad compatibles

La acción social de responsabilidad frente a los administradores sociales, proyección en el concurso del art. 238 TRLSC, tiene por finalidad resarcir el patrimonio de la sociedad ante el «el daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a

⁶²³ Sobre su antecedente en el régimen de quiebra (art. 925 CCom/1885) y el debate doctrinal sobre su necesidad para instar su reclamo, vid. GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 48», cit., pp. 440.

⁶²⁴ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 982.

⁶²⁵ En este sentido, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 255, y MORENO SERRANO, *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, cit., pp. 296 y 297.

⁶²⁶ Al respecto, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 984.

los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa» (art. 236.1 TRLSC)⁶²⁷.

La redacción del art. 132 TRLC, en contraposición a su predecesora (art. 48 quáter LC), es destacadamente amplia en la delimitación de los sujetos pasivos. En puridad, el TRLC adapta el régimen de legitimación pasiva del art. 132 a la extensión del ámbito subjetivo del art. 236 TRLSC, redefinido tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

De esta suerte, junto a los administradores y liquidadores (cfr. art. 375.2 TRLSC), se incluye a todas aquellas personas que sin nombramiento de administrador actúan en calidad de administradores de hecho o asumen funciones de la más alta dirección de la sociedad cuando no concurre delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados (art. 132.1 TRLC)⁶²⁸. Y unido a los auditores, que responden de los daños y perjuicios que deriven del incumplimiento de sus obligaciones (cfr. art. 26 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas), se adiciona la responsabilidad en que pudiera incurrir el experto por los daños causados en la valoración de las aportaciones sociales o dinerarias en las ampliaciones de capital de la sociedad concursada, a menos que acredite la aplicación de la diligencia y los estándares propios de la actuación atribuida *ex art.* 68 TRLSC (art. 132.2 TRLC)⁶²⁹.

⁶²⁷ Se trata de un incumplimiento asociado al deber general que la ley impone a los administradores en el ejercicio de las funciones y competencias inherentes al cargo. Para una caracterización general y su adaptación al concurso, entre otros, vid. ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dirs. GARCÍA VILLAVERDE/ ALONSO UREBA/ PULGAR EZQUERRA, Madrid, ed. Dilex, Madrid, 2002, pp. 279 y ss., y VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., pp. 20 y ss.

⁶²⁸ Respecto a la redacción original del art. 48.2 LC, extensible a la redacción posterior del art. 48 quáter, con alusión exclusiva a administradores, liquidadores y auditores, ya advertía cierto sector de la doctrina la necesidad de incluir bajo su tenor todas aquellas personas que actuaran como administradores de hecho. Entre otros, refiere VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., p. 22: «administrador con nombramiento caducado, administrador con nombramiento nulo por contrario a ley, persona que actúa como administrador frente a terceros, sin haber sido designada como tal, y persona que controla de hecho la administración, ejerciendo una influencia decisiva, sin aparecer como administrador frente al exterior («administradores ocultos o indirectos»)». E incluso, siguiendo al mismo autor, personas que nuestro ordenamiento equipara a los administradores desde el punto de vista de la responsabilidad civil, como apoderados generales o Directores Generales.

⁶²⁹ Responsabilidad de índole contractual que se rige por las normas generales de los arts. 1101 y ss. CC. En relación a los auditores, vid. PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores. Extensión, límites y prescripción*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 39 y 40, y GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 434.

Es indudable que la estimación judicial de la aludida acción social de responsabilidad permite resarcir el patrimonio dañado, cumpliendo así una función reintegradora a favor de la masa activa⁶³⁰.

Desde el punto de vista procesal, el régimen de responsabilidad descrito varía en su acomodación al concurso: la competencia para el conocimiento de las acciones se encomienda al juez del concurso (art. 52.7ª y 8ª TRLC) y la legitimación es atribuida, en exclusiva, a la administración concursal (art. 132 TRLC)⁶³¹.

Excede del ámbito objetivo de aplicación del art. 132 TRLC, tanto la acción individual de responsabilidad de los socios y terceros por los actos de administradores, liquidadores o personas que asuman facultades de alta dirección *ex art.* 132.1 TRLC y de auditores o expertos independientes *ex art.* 132.2 TRLC que lesionen directamente los intereses de aquellos (v.gr., art. 241 LSC)⁶³², como la acción de responsabilidad solidaria que, como sanción, es contemplada en las hipótesis de incumplimiento de los deberes específicos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 367 LSC).

Las primeras, pese al silencio legal, se reputan compatibles con la sustanciación del concurso por no interferir en él; se mantiene, además, su régimen de legitimación propio⁶³³. Las segundas no pueden ser ejercitadas desde la declaración de concurso y

⁶³⁰ Asemeja la función de esta acción social de responsabilidad en el concurso a la de reintegración, BELLO MARTÍN-CRESPO, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y ley concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 1716.

⁶³¹ Sobre las especialidades relativas a la legitimación activa que introduce la declaración de concurso, vid. *infra* Capítulo VIII.

⁶³² Favorable a tal compatibilidad, dado el aludido silencio, QUIJANO GONZÁLEZ, «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 22, 2015, p. 6 (versión digital). En la jurisprudencia, entre otras, vid. SAP de Jaén (Sección 1ª) 113/2011, de 12 de mayo (Roj: SAP J 1307/2011), SAP de Barcelona (Sección 15ª) 85/2015, de 7 de abril (Roj: SAP B 2092/2015) y SAP de Córdoba (Sección 3ª) 156/2013, de 30 de septiembre (Roj: SAP CO 1389/2013), con cita de otras de la misma AP. En palabras de esta última: «aunque pudiera parecer un contradictorio el que ante una situación concursal pudieran exigirse de forma coetánea distintas responsabilidades a los administradores sociales, por un lado en el concurso (artículo 172 de la Ley Concursal), y fuera del mismo (artículos 133 a 135 y 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, y 69 y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada -actuales artículos 236 a 241 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital-), tal posibilidad de ejercicio no obedeció a un descuido del legislador, pues se tuvo ocasión de recoger (...) la imposibilidad de ejercicio de dichas acciones durante el concurso, o cuando menos, la prioridad de la responsabilidad del (anterior) artículo 172.3 de la Ley Concursal respecto de las contempladas en las demás leyes, y no se hizo».

⁶³³ Desde el punto de vista del respeto a la *par conditio*, hay quien apunta la existencia de eventuales problemas de compatibilidad ante su ejercicio simultáneo. Fundamentalmente, el cobro de ciertos acreedores al margen de las reglas del concurso. Entre otros, ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal... », cit., p. 313 y VÁZQUEZ ALBERT, «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», cit., p. 1069, proponen que la responsabilidad individual solo sea exigible una vez cubierta la responsabilidad

hasta su conclusión, con inadmisión a trámite (art. 136.1.2º TRLC) o suspensión de las que ya se hubieran interpuesto (art. 139.1 TRLC)⁶³⁴.

concurral de los administradores frente a todos los acreedores, lo que justificaría la atribución al juez del concurso de la competencia para el conocimiento de la acción individual. Plantea la necesidad de impedir su ejercicio tras la declaración de concurso, QUIJANO GONZÁLEZ, «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 10, 2009, p. 39. En contra, por considerar la ausencia de interferencias, ESTABAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores* (Dir. ROJO/BELTRÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 224 y 225.

⁶³⁴ No ocurría igual en la redacción original de la LC, donde el art. 48.2 LC partió de la compatibilidad con otras acciones de responsabilidad. Fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la que introdujo límites a esta responsabilidad al introducir el apartado 2 del art. 50 LC. Sobre la cuestión, vid. STS (Sala 1ª) 302/2011, de 20 de junio (Roj: STS 3447/2013). En la doctrina, con carácter previo a la reforma, VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., pp. 26 y ss.

CAPÍTULO IV
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL
DESAPODERAMIENTO PATRIMONIAL
DEL DEUDOR CONCURSADO

1. LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA AL DESAPODERAMIENTO DEL CONCURSADO Y EL APODERAMIENTO DE LOS ÓRGANOS CONCURSALES COMO INSTITUCIÓN PROCESAL

El esclarecimiento del desapoderamiento patrimonial que padece el deudor tras la declaración de concurso y las circunstancias a él adyacentes es intrincado. En torno a este fenómeno confluyen tres dificultades a las que se debe dar solución: el deudor queda separado de la gestión autónoma de su patrimonio, los acreedores ven impedidas sus facultades individuales de agresión jurídica y los órganos del concurso resultan apoderados para el ejercicio de una actividad instrumental de distinto signo en aras a alcanzar la actuación de un fin.

El apoderamiento de los órganos del concurso para la actuación de los mandatos contenidos en el TRLC es una institución netamente procesal⁶³⁵. Tanto el apoderamiento, con la actividad subsiguiente que lo justifica, como la realización última de los bienes, debe ser explicada a la luz del Derecho procesal.

Es razonable que así sea. Como es sabido, la responsabilidad patrimonial, a diferencia del deber, entraña la sujeción del deudor al poder y obrar ajenos, justificando y legitimando toda la actividad jurisdiccional posterior⁶³⁶.

Además, esta intervención judicial adquiere una especial intensidad cuando es declarado el concurso. Desde entonces, y aun cuando este sea voluntario, la potestad pública se superpone al interés del concursado en la disposición de todos los derechos subjetivos que integran la masa activa. La facultad de disposición del deudor respecto a

⁶³⁵ En este sentido, respecto al régimen de quiebra, GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C.º Ltd"*, cit., pp. 184 y ss., y GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 304. En Italia, FERRARA (SR.), «Patrimonio sotto amministrazione», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1912, pp. 335 y 336.

⁶³⁶ Como escribiera CARRERAS, *El embargo de bienes*, cit., p. 14, frente al incumplimiento del deber, entendido como omisión de la conducta debida, se engendra la responsabilidad, generando deber y responsabilidad una distinta relación jurídica con diverso y distinto sujeto activo en el polo de la relación. Así, mientras que en el reverso del deber encontramos siempre el derecho y su titular, frente a la responsabilidad ubicamos el poder o potestad pública y una actuación instrumental, desarrollada por el órgano jurisdiccional que la ostenta, dirigida al cumplimiento de un fin. La primera relación cae de lleno en el ámbito del Derecho privado; la segunda, por el contrario, es asunto que concierne al Derecho procesal.

tales derechos cede, pues, de manera generalizada, incluso con carácter retroactivo, ante la potestad pública que es conferida por la Ley en orden a restablecer el orden legal.

Al mismo tiempo no debe descuidarse que la declaración de concurso limita las posibilidades de actuación de los acreedores: la satisfacción de sus créditos queda circunscrita a lo resuelto en el concurso, con sometimiento a un específico régimen jurídico.

La omisión de un tratamiento conjunto de esta eficacia bifronte asociada a la declaración de concurso ha llevado consigo, en ocasiones, una observación parcial de la realidad que nos ocupa. Entre las construcciones doctrinales propuestas identificamos dos grandes bloques. De un lado, las que fundan el grueso de su razonamiento en el deudor y en las implicaciones peyorativas que sobre su persona y estatus lleva aparejada la declaración de insolvencia. De otro, aquellas que pivotan sobre la afección del patrimonio del insolvente a los fines del concurso, con mutación del derecho del deudor respecto a su patrimonio o con reconocimiento y atribución de concretos derechos a los acreedores sobre la masa activa⁶³⁷.

Tales aproximaciones doctrinales no resultan completas. En primer lugar, porque han perseguido el esclarecimiento del desapoderamiento con fundamento en un elemento principal, objetivo u subjetivo, con omisión o desinterés, generalmente, hacia los demás elementos. En segundo lugar, porque residencian en instituciones alojadas en el campo del Derecho privado el razonamiento que justifica el apoderamiento de los órganos del concurso, obviando que la declaración de concurso instaura un nuevo orden jurídico con sujeción de la relación jurídica entre acreedores y deudor común al poder público del órgano jurisdiccional que instituye el Estado⁶³⁸.

⁶³⁷ El progreso de las regulaciones concursales conminaba, sin embargo, a no descuidar ambos fundamentos. Los efectos sobre el deudor insolvente y sobre su patrimonio constituyeron dos realidades que, con el avance de las legislaciones, se erigieron en objeto de independiente desvelo y previsión normativa. El carácter represivo y preventivo asociado a las normas concursales hasta tiempos bien recientes ha influido, sin duda, en esta evolución legal y doctrinal.

⁶³⁸ En palabras de PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 397: «nessuna di queste teorie, taluna affascinante, ma del tutto infondata, tal'altra con una parte di vero, può accettarsi alla stregua della realtà del diritto positivo». O como señalara GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 301: «La razón de esta insuficiencia teórica que en este caso, como en tantos otros, padece la ciencia del derecho, está en que todas las teorías pretenden explicar una compleja realidad jurídica por un solo principio que será uno u otro pero que siempre excluye a los demás. Pero ocurre que los ordenamientos jurídicos positivos son resultados de una evolución histórica. En ella, normalmente, se combinan principios diversos que tienen

Esta última evidencia es una conquista irrenunciable de la evolución de la doctrina y de la legislación de nuestro tiempo, que forzosamente ubica en el Derecho procesal la explicación del desapoderamiento del deudor y la actividad concursal posterior a cargo de órganos investidos de poder por el Estado.

2. CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS EN TORNO AL DESAPODERAMIENTO PATRIMONIAL DEL CONCURSADO

2.1. Consideraciones previas

En la exposición de las principales teorías doctrinales formuladas en torno al desapoderamiento conviene tener presente que se trata de tesis nacidas en relación a un derecho positivo distinto al actual, algunas de ellas de carácter eminentemente liquidatorio.

A nuestro juicio, ello no empece la utilidad de su estudio. Ofrecer una visión completa del fenómeno que nos ocupa en la legislación vigente exige ahondar en las raíces de las más destacadas construcciones dogmáticas cimentadas sobre la base de ordenamientos jurídicos distintos, patrio y foráneos, al margen de su tiempo, con análisis de su relación, influencia y encaje en el momento actual.

2.2. La declaración de concurso no confiere carácter sustantivo ni real al derecho de los acreedores

La integración en la masa pasiva de los acreedores del deudor tras la declaración de concurso con subordinación a un especial régimen jurídico ha planteado discusiones de indudable alcance en orden a esclarecer el fundamento de la intervención y la actuación de los órganos del concurso.

Entre las tesis más reseñables aparecen las denominadas privatistas que conciben la actividad jurisdiccional como un modo de cumplimiento de las obligaciones. Estas se fundan en una suerte de extensión del principio de responsabilidad patrimonial universal, con atribución a los acreedores de ciertos instrumentos coactivos de compulsión dirigidos a garantizar la satisfacción de su interés ante la inobservancia del deber. Con fórmulas orientadas a explicar la función de garantía que cumple el

su reflejo en los preceptos vigentes. Una teoría jurídica que responda al ordenamiento positivo, tiene que desentrañar los principios históricos que en él actúan y determinar la forma en que se combinan (...)».

patrimonio del deudor, el órgano jurisdiccional y la administración concursal actuarían dotando de efectividad al poder de los acreedores con reparación, o al menos intento de satisfacción, de su interés en consumación de la obligación contraída.

De esta suerte, la declaración de concurso arrojaría un resultado sustantivo, con asignación de derechos y deberes que hallan solución desde los moldes del Derecho privado. En estos moldes se planteó en un primer tiempo que la declaración de concurso creaba un derecho de carácter real anejo al derecho de crédito de los acreedores que se extendía sobre el patrimonio del deudor común.

Este carácter y eficacia sustantiva fue defendido en una doble dirección: bien concibiendo que la masa de acreedores adquiere un derecho de hipoteca sobre la masa activa, ya considerando que los acreedores pasan a ser titulares de un derecho de prenda general sobre el patrimonio concursal.

La primera formulación encontraba apoyatura legal en el *Code* francés de 1808 (arts. 354 y 500)⁶³⁹ y, bajo su influjo, en algunos ordenamientos posteriores (art. 490 del *Code* de 1838⁶⁴⁰, art. 487 del *Code* belga y art. 599 del *Codice* italiano de 1865). La inscripción registral a favor de la masa de acreedores servía para dar publicidad a la quiebra y consagrar formalmente en los registros públicos el desapoderamiento que padecía el deudor respecto a su patrimonio⁶⁴¹.

Tal inscripción reforzaba los derechos de crédito de los acreedores confiriéndoles un derecho real de hipoteca sobre la masa activa. Con esta técnica, defendida fundamentalmente por la doctrina francesa⁶⁴², se lograba explicar la

⁶³⁹ Rezaba el primer precepto: «L'ouverture de la faillite donne le droit de faire, au nom de la masse des créanciers et pour la conservation de leur droit, inscription aux hypothèques sur les immeubles connus du débiteur failli» (relacionar con el art. 358). Y el segundo, respecto a los administradores: «Ils seront tenus de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés» (vid. también art. 499).

⁶⁴⁰ Del siguiente tenor en sus tres apartados: «A compter de leur entrée en fonctions, les syndics seront tenus de faire tous actes pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs. Ils seront aussi tenus de requérir l'inscription aux hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a pas été requise par lui; l'inscription sera prise au nom de la masse par les syndics, qui joindront à leurs bordereaux un certificat constatant leur nomination. Ils seront tenus aussi de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau, énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés».

⁶⁴¹ Cfr. BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 485.

⁶⁴² Respecto a la cuestión en el *Code* 1807 y, fundamentalmente, tras su reforma en 1838, vid. RENOARD, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, tomo I, 3ª ed., ed. Librairie Guillaumin et Cie, Paris, 1857, pp. 520 a 523; también LYON-CAEN y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, 2ª ed., tome VII, ed.

preferencia o privilegio de los acreedores del deudor común sobre los bienes que integraban el activo tras la declaración de quiebra, impidiendo que inscripciones posteriores pudieran perjudicar a aquellos⁶⁴³.

Otra corriente que parte de un similar vínculo real surge en el seno de la doctrina alemana a partir de la *Konkursordnung* de 1887: la declaración de quiebra entraña, sin excepción, la aparición de un derecho de prenda general que se prolonga sobre la masa activa. Este derecho era atribuido a la colectividad de los acreedores⁶⁴⁴ lo que permitía justificar un poder de agresión directo sobre el patrimonio en garantía conferido al administrador concursal como representante de la masa de acreedores.

Atendiendo a esta construcción, los acreedores administran y disponen de *iure proprio*; cuando el administrador concursal contrae deudas (deudas de la masa), son deudas de los acreedores; y cuando adquiere bienes o se embolsa créditos (a nombre de la masa), los adquiere a favor los acreedores y no a favor del deudor⁶⁴⁵.

Esta tesis tuvo buena acogida entre la doctrina alemana⁶⁴⁶. En puridad, implicaba trasplantar al ámbito concursal la solución de la ejecución individual donde el acreedor instante adquiere un derecho de prenda sobre el bien embargado (§ 804 *Zivilprozessordnung* -en adelante, ZPO-⁶⁴⁷)⁶⁴⁸. De este modo, no existía novedad en la

Librairie Cotillon, Paris, 1897, pp. pp. 236 y ss. (disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65378072/f7.image>, consultado, por última vez, el 18 de abril de 2017). Otros autores franceses pueden verse en BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 486, nota al pie 8.

⁶⁴³ Otros argumentos defendidos por aquella doctrina, que de una u otra manera entroncan con lo expuesto *supra*, pueden verse sucintamente descritos en BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 486.

⁶⁴⁴ En contra SEUFFERT que sostuvo que el derecho de prenda pertenecía individualmente a cada acreedor bajo la condición suspensiva de que su crédito hubiera sido insinuado y verificado (vid. *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrecht*, Nördlingen, 1888, pp. 84 y ss.).

⁶⁴⁵ BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 495.

⁶⁴⁶ Esta construcción se fragua por la doctrina germana y, posteriormente, italiana, fundamentalmente a finales del siglo XIX y principios del XX. Con distintos matices, en Alemania, entre otros, vid. SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1899, p. 157; KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, cit., pp. 399 y ss.; y HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, 2ª ed., ed. Häring, Berlin, 1907, pp. 624 y ss. disponible en http://digital.bib-bvb.de/view/bvbmets/viewer.0.6.4.jsp?folder_id=0&dvs=1607098423750~268&pid=13830995&locale=e&usePid1=true&usePid2=true (consultado, por última vez, el 4 de diciembre de 2020). En Italia, especialmente, ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, cit., pp. 31 y ss.; con referencia a un derecho de garantía, vid. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, ed. tipografía cooperativa, Pavia, 1920, p. 215.

⁶⁴⁷ Según este parágrafo del Código Procesal Civil Alemán, apartado 1º: «Mediante el embargo ejecutivo, el acreedor adquiere un derecho de prenda sobre el bien embargado», traducido por PÉREZ RAGONE/ORTIZ PRADILLO, ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2006-.

⁶⁴⁸ Como afirmara GOLDSCHMIDT, con cita del § 804 ZPO, por el embargo adquiere el acreedor un derecho de garantía pignoraticia sobre las cosas embargadas, tercera forma del derecho de prenda, junto a la contractual y la legal. Es así que realizado el embargo y constituido a favor del acreedor el derecho pignoraticio, el proceso ejecutivo tiene por objeto el hacerlo efectivo -*Derecho procesal civil*

formulación en tanto se aceptaba la existencia de un embargo general sobre la masa activa, extensión del derecho de prenda reconocido al conjunto de los acreedores⁶⁴⁹.

En España esta formulación no fue atendida ni desarrollada por nuestra doctrina. Solo en su proyección, entre aquellos que defendieron que los síndicos ostentaban la representación de los acreedores⁶⁵⁰, podríamos considerar que las aludidas construcciones hallaron algún tipo de reflejo en nuestra patria⁶⁵¹.

En la actualidad estos postulados han sido abandonados, incluso en aquellos países donde disfrutaron de una mayor acogida. Aunque los planteamientos expuestos gozan de la indiscutible bondad de facilitar una explicación de la posición de los acreedores desde el principio de responsabilidad patrimonial universal y en consideración al fin primario que persigue el concurso, resultan hoy insostenibles por varias razones⁶⁵².

En primer lugar, porque la afección patrimonial asociada a la declaración de concurso goza de una eficacia propia reconocida por el ordenamiento jurídico⁶⁵³. No es precisa la inscripción de una hipoteca de la masa ni el reconocimiento de un derecho de

(trad. por PRIETO-CASTRO), ed. Labor, Barcelona, 1936, p. 629, disponible en <https://es.slideshare.net/josepmarti22/derecho-procesal-civil-james-goldschmidt> (consultado, por última vez, el 28 de junio de 2020)-. En contra, por concebir que es la traba el efecto fundamental del embargo que permite la enajenación y cobro, y no el derecho de prenda que considera accesorio, ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. por ROMERA VERA), tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 149.

⁶⁴⁹ Como defendía ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, cit., pp. 34 y ss., 68 y 71, la realización del derecho de prenda por el acreedor instante derivaba en una prenda general sobre el patrimonio del deudor atribuida a todos los acreedores, lo que se traducía en el derecho a vender los bienes de aquel.

⁶⁵⁰ Con anterioridad a la LEC/1881, en este sentido lo defendieron, entre otros, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, cit., p. 62; y MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 7ª ed. (anotada y puesta al corriente por DURÁN Y BAS), Librería de Álvaro Verdaguer, Barcelona, 1875, p. 500.

⁶⁵¹ En realidad, concurrían otros argumentos para justificar esta idea de representación de los acreedores, sobre todo, tras la LEC/1881. De un lado, porque la sindicatura era nombrada por y entre los acreedores en la primera junta general (art. 1044.7 CCom/1829) y sus integrantes debían ser comerciantes y acreedores con derecho propio (art. 1225 LEC/1881), quedando separado el síndico cuyo crédito no fuese reconocido como legítimo en la junta de acreedores (art. 1076 CCom/1829). De otro, porque hallaba plasmación legal expresa en el art. 1366 LEC/1881: «la personalidad para pedir la retroacción de los actos que haya hecho el quebrado (...) residirá en los síndicos, como representantes de la masa de acreedores de la quiebra y administradores legales de su haber».

⁶⁵² Sobre la génesis de la teoría de prenda genérica y su superación, vid. ya CARNELUTTI, «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», *Studi di Diritto Processuale*, vol. II, Cedam, Padova, 1928, pp. 284 y ss. Y con carácter previo, CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. III, parte I, 1926, pp. 91 y ss.

⁶⁵³ Vid. *supra* Capítulo III.

prenda general a los acreedores como elemento adyacente a la declaración de concurso para fundamentar los efectos de sujeción y garantía patrimonial que le son propios⁶⁵⁴.

Al menos de interés respecto a la hipoteca de la masa, el auto de declaración de concurso ostenta naturaleza constitutiva y la afección patrimonial a los fines del concurso despliega plena eficacia al margen del reflejo registral, sin obviar la necesidad de la inscripción ante la eventual aparición de terceros adquirentes.

En segundo lugar, porque la solución que ofrecían ambas fórmulas era parcial y errónea. Parcial pues, en su caso, daba solución a la garantía patrimonial que representaba la masa activa para los acreedores pero descuidaba la explicación que justificaba el desapoderamiento del deudor, con pérdida de sus facultades de administración y disposición patrimonial⁶⁵⁵.

Errónea porque ni siquiera ofrecía adecuada respuesta al fenómeno que trataba de explicar. La prenda o hipoteca, de existir, no dotaría de privilegio a los acreedores respecto a la venta del patrimonio. En efecto, cualquier acreedor que hubiera obtenido uno de los bienes de la masa en prenda o hipoteca podía proceder a su venta sin que el teórico derecho general de garantía limitara esta posibilidad⁶⁵⁶.

De otro lado, ni siquiera entre sus partidarios existía concierto en torno al sujeto activo que ostentaba el derecho real de garantía. De este modo se discutía, al menos respecto al derecho general de prenda, si este era conferido individualmente a cada

⁶⁵⁴ Respecto a la hipoteca de la masa, la doctrina de la época ya identificaba problemas para justificar qué efectos derivaban de la inscripción de la hipoteca y cuáles de la declaración de concurso. Sobre la cuestión, vid. BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 487 y ss., con la bibliografía francesa allí citada.

⁶⁵⁵ No es así de extrañar que la teoría de la prenda, e incluso de la hipoteca, se hallara en armonía con la teoría del secuestro en la doctrina alemana de aquel tiempo (vid. BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 485, 490 y 491). En realidad, SEUFFERT empleaba un concepto de prenda reforzado que venía acompañado de una disminución de la facultad dispositiva del deudor respecto a su patrimonio: «il diritto di pegno creato col fallimento *differisce dall'ordinario* per la circostanza che, salvo eccezioni, il suo scioglimento si verifica, non già mercè il pagamento, ma mercè la *realizzazione del pegno*; ora in tale contingenza è naturale che l'amministrazione e disposizione del pegno si tolga al debitore e si affidi al creditore o a un terzo: la realtà del diritto di pegno (die *Dinglichkeit des Pfandrechts*) non è più allora sufficiente difesa. Ciò corrisponde al *Beschlagsrecht* o pegno rinforzato», que es planteado por algunos autores (KOHLE, GOMBEAUX, PERCEROU) desde los moldes de la ejecución, en tanto la prenda concebida en el concurso desbordaba los límites de la prenda común al obviar su fin propio, la garantía (cfr. ibidem, p. 491, nota al pie 6, y, p. 490, nota al pie 4). Sobre esta *Beschlagsrecht*, vid. *infra*.

⁶⁵⁶ A este respecto, vid. CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», cit., p. 92.

acreedor o, por el contrario, pertenecía a la masa de acreedores, que tampoco gozaba entre aquellos de una común definición⁶⁵⁷.

Actualmente, en la doctrina es ya pacífico que los acreedores concursales no constituyen una agrupación con personalidad jurídica propia, susceptible de ser titular de derechos⁶⁵⁸. Entre los titulares de los créditos no existe ninguna relación jurídica de naturaleza sustantiva (sociedad, asociación, *communio incidens pignoratitia* o cualquier otra)⁶⁵⁹ y su unión obedece estrictamente a razones de oportunidad procesal para la

⁶⁵⁷ De la primera opinión, como ya decíamos, SEUFFERT, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrecht*, cit., pp. 84 y ss.

Respecto de la segunda, en la determinación de la naturaleza jurídica de la masa de acreedores se plantearon fórmulas de lo más variopintas. Como refiere BONELLI, la masa de acreedores fue concebida como una comunión simple (BAYER), una comunión a la alemana *zur gesamten Hand* (GIERKE, SEUFFERT), una colectividad organizada con participación variable (KÖHLER, THALLER), un ente jurídico colectivo (CANSTEIN), y una persona jurídica (BOLAFFIO, GOMBEAUX, PERCEROU, LYON-CAEN y RENAULT). Con descripción y crítica de cada una de estas, vid. *Del fallimento...*, cit., pp. 493 y ss.

Un destacada tendencia a la atribución de personalidad jurídica a la masa de acreedores se produce en la doctrina y jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX y siglo XX. Aunque no existía unanimidad doctrinal -a favor, entre otros, PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, tomo I, 2ª ed., Librairie Arthur Rosseau & Cie, Paris, 1935, pp. 134 y ss.; LYON-CAEN y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, cit., pp. 373 y ss.; GOMBEAUX, «Les créanciers de la masse en faillite», *Ann. Droit commercial*, 1907, pp. 417 y ss.; MELLER, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, tesis doctoral, passim, especialmente, pp. 45 y ss. (disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97976163.texteImage>; consultado, por última vez, el 25 de mayo de 2021) con diferentes pronunciamientos judiciales reconociendo tal personalidad-, es la Corte de Casación francesa quien, a principios de la segunda mitad del siglo XX, toma finalmente partido por este reconocimiento. Entre otros pronunciamientos, recogidos por BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 67 y 68, nota al pie 4, vid. sentencias de 28 de enero de 1954 -«no es una creación de la ley, sino que corresponde, en principio, a todo grupo dotado de una posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, dignos, en consecuencia de ser jurídicamente reconocidos y protegidos»-, de 17 de enero de 1956 -«la masa de acreedores en la quiebra constituye una persona jurídica distinta de los acreedores que la componen»-, de 7 de julio de 1961, de 27 de octubre de 1964 y de 16 de marzo de 1965. Finalmente, es así reconocido en la Ley nº 67/563 de 13 de julio de 1967 sobre *Règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, art. 13-I: «Le jugement [*déclaratif*] qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager». Aunque como señalara BELTRÁN no quedaba claramente determinado en la doctrina el tipo de persona jurídica en que consistía aquella masa; entre otras, una sociedad (CARRIE), una asociación (THALLER), simple grupo legal (HOUIN) o “institución originaria y peculiar del derecho privado” (RIPERT-ROBLOT). Sobre la cuestión, en profundidad, ibidem, pp. 64 y ss., y su crítica en pp. 91 y ss.

⁶⁵⁸ En este sentido, TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 23. En el pasado, sin embargo, fue reconocido por algunos autores españoles; entre otros, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, cit., p. 141: «la masa es una persona moral con sus derechos y obligaciones privativas». Asimismo, BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª ed., Revista General de Legislación y Jurisprudencia Madrid, 1901, p. 651, que refiere la existencia de una comunidad de bienes forzosa entre los acreedores del quebrado: «un *universum jus*, en la cual cada uno de ellos tendrá un derecho en proporción á la cuantía de su débito»; y BENITO, *Manual de Derecho Mercantil*, tomo III, ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1929, pp. 818 y 819 habla de entidad colectiva «que actúa sólo en las juntas generales, y que tiene su representación legal, primero, en el comisario y depositario de la quiebra (...) y después, en el mismo comisario y en los síndicos, elegidos, por los propios acreedores, en la primera junta general».

⁶⁵⁹ Por todos, BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 93. De interés sobre la materia, vid. pp. 83 y ss.; también la aproximación de Derecho comparado (Alemania, Francia e Italia) contenida en pp. 51 a 81.

satisfacción de sus intereses, por un singular cauce, según los criterios fijados legalmente.

En tercer lugar, porque la satisfacción ordenada en el proceso concursal no responde estrictamente al cumplimiento forzoso de los derechos subjetivos de los acreedores⁶⁶⁰. En este sentido, se ha de rechazar cualquier tesis que parta, con mayor o menor intensidad, de la idea de que los órganos del concurso actúan por sustitución o en representación de los acreedores ejerciendo un poder directo de estos sobre el patrimonio del deudor.

De hacerlo se estaría obviando, de una parte, que entre los acreedores y el referido patrimonio existe un proceso y un órgano jurisdiccional imparcial que ha de velar tanto por el interés de los acreedores como por el interés del resto de sujetos, partes y terceros, que intervienen en el proceso. Y, de otra, que entre la acción para estimular la declaración de concurso y el derecho subjetivo privado de cualquier acreedor frente al deudor existe una distancia insalvable, más pronunciada incluso que la existente entre acción ejecutiva y derecho subjetivo en la ejecución forzosa⁶⁶¹.

En efecto, recuérdese que la pretensión de declaración de concurso se encuadra en lo que la doctrina ha denominado el derecho a pedir el cambio jurídico, como un derecho potestativo, que, además, ni siquiera es exclusivo de los acreedores sino extensible a deudor y otros sujetos a los que el TRLC reconoce legitimación para su promoción [arts. 3, 568.1 y 695.a)].

⁶⁶⁰ Tales tesis también tuvieron destacados adeptos entre los procesalistas, que incluso llegaron a concebir la actividad jurisdiccional como un modo de cumplimiento de las obligaciones. Especialmente partidario de esta tesis, SATTÀ: «La tutela giurisdizionale non avviene allo esterno (...) ma nell'interno del diritto stesso, in quanto tutelare un diritto non può in definitiva voler dire altro che dar modo ad un diritto di essere un diritto, cioè alle sue forze intrinseche di manifestarsi» (en «L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti», *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, Cedam, 1950, passim, especialmente, pp. 7 y 15). Desde otra perspectiva, puede verse MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 177 y ss. Una crítica a ambas posiciones se localiza en DENTI, «Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, vol. I, pp. 132 a 139.

En una posición intermedia entre las dos tesis expuestas, vid. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ed. Giuffrè, Milano, 1935, pp. 1 a 21 y 135 y ss.: «Lo scopo mediato dell'esecuzione si collega al rapporto giuridico sostanziale, ed è analogo a quello dell'adempimento: il procedimento esecutivo si muove per la realizzazione del diritto del creditore. Ma, pur legato ai due estremi: punto di partenza e punto di arrivo, al rapporto giuridico sostanziale, il procedimento esecutivo ha una sua piena e completa autonomia» (p. 135).

⁶⁶¹ Como ya advirtiera CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 116, no existe identificación alguna acción ejecutiva y derecho subjetivo (sea este procesal o real), lo que forzosamente lleva a negar que el acreedor esté investido de poder directo de agresión contra el patrimonio del deudor.

Este derecho de los acreedores no se materializa, pues, en un estado de sujeción del deudor a los acreedores en virtud de poder jurídico alguno; como señalara CARNELUTTI: «la responsabilità è una soggezione allo Stato, non al creditore; al creditore il debitore deve, allo Stato è soggetto; al diritto di quello corrisponde l'obbligo; al potere di questo uno *status subiectionis*, che con l'obbligo non ha niente che fare»⁶⁶².

En consecuencia, resulta del todo imposible que el órgano jurisdiccional o la administración concursal se erijan en brazo ejecutor de un especial derecho de garantía reconocido a favor de los acreedores. Si ya cuando un acreedor ejercita una acción fundada en un derecho real de garantía no nos avenimos a la idea de que el órgano ejecutor esté haciendo valer un derecho de agresión directo sobre el patrimonio del deudor, menos defendible resulta proclamar tal ficción en un escenario como el concursal donde el referido derecho es inexistente.

Desechamos, de esta suerte, la tesis que concibe que el órgano jurisdiccional obtiene legitimación para actuar con eficacia sobre el patrimonio del deudor por derivación de aquel derecho de los acreedores. Igualmente la construcción, sobre la que profundizamos *infra*, de que la administración concursal actúa en virtud de una relación de representación por los acreedores⁶⁶³.

2.3. La declaración de concurso no implica el secuestro del patrimonio del deudor

Desde una perspectiva distinta, el efecto sustantivo de la declaración de concurso fue defendido por la doctrina en sentido opuesto. Aparecieron construcciones doctrinales que, de un modo u otro, defendían que aquella declaración transformaba no el derecho o vínculo de los acreedores frente a la masa activa sino el derecho del deudor respecto a su propio patrimonio.

El mismo derecho de embargo procesal que había sido servido a la doctrina alemana para justificar la concurrencia de un derecho de prenda generalizado en aplicación analógica del § 804 ZPO (*Beschlagsrecht*), dio paso a una construcción más evolucionada que se desprendía del reconocimiento de aquel derecho real de garantía y

⁶⁶² En «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», *Studi di Diritto Processuale*, vol. II, Cedam, Padova, 1928, pp. 297 y 298.

⁶⁶³ Vid. Capítulo V.

aceptaba la existencia de un embargo general como explicación suficiente del desapoderamiento⁶⁶⁴.

Aunque no exista identidad plena, la teoría del secuestro de los bienes del deudor entronca con la idea de este embargo general. Al respecto, conviene tener presente que el embargo o secuestro de los bienes del deudor, como primer acto de los procedimientos de ejecución, se observa ya desde el Medievo en Francia e Italia⁶⁶⁵ y el

⁶⁶⁴ Como ha destacado TIRADO, algunos autores ya criticaban el reconocimiento de tal derecho real reconocido en el § 31 de la Ordenanza prusiana de 1855. En este sentido, citado por él, HANH/MUGDAN, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, reimpresión versión de 1881, Berlín, Darmstadt, 1983, t. VII, p. 45 (en *Los administradores concursales...*, cit., p. 22, nota al pie 15).

Es KOHLER, entre otros, quien, ante las insuficiencias del derecho de prenda general, sostuvo la idea de un embargo procesal que justificaba la adquisición por los acreedores de un derecho real (*Beschlagsrecht*) distinto de aquel derecho de prenda (*Pfandrecht*). Ello justificaba la validez de los actos realizados por el deudor, conservando la capacidad jurídica y de obrar (en *Lehrbuch des Konkursrechts*, cit., Buch II, III, V y VI, pp. 98 y ss.). Como veremos, la evolución doctrinal posterior lleva consigo la renuncia a la existencia de un derecho real de garantía de los acreedores para defender, en exclusiva, la concurrencia del referido embargo general (*beschlagnahme, pignoramento, saisie collective*).

⁶⁶⁵ En Derecho franco y Derecho estatutario italiano se produce una generalización del sistema de secuestro de los bienes y, con dispar intensidad, se contempla un progresivo fortalecimiento de la presencia del órgano judicial que, como autoridad pública y en términos generales, se encargaba de incautar el patrimonio y entregarlo, como medida de garantía, a los acreedores o incluso, en su último desarrollo, a distribuirlo -o, al menos, a supervisar el reparto- entre estos.

En Derecho franco, en la *Lex Salica* se preveía el secuestro del patrimonio con un intenso papel por parte del *giudice*, encargado y responsable de ejercitar toda la actividad de gestión del mismo. En este sentido, siguiendo a PROVINCIALI, en las antiguas legislaciones francas -y lombardas- aparece, en una suerte de secuestro como medio de garantía, la incautación temporal de los bienes del deudor por parte de los acreedores; secuestro que, muy probablemente ordenado por autoridad judicial, servía de medio de constricción para forzar al pago del deudor. Así, se aprecia con claridad en este Derecho el instituto del secuestro que, con innegable influencia romana -de la *missio in possessionem* a la *datio in solutum*- era ordenado por el juez (*arrestmandat*) y recaía sobre la persona del deudor, en caso de fuga, y sobre su patrimonio en garantía de los acreedores (en *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 51 y 52). A partir del siglo XIII, en el Derecho francés, fuertemente influenciado por los estatutos italianos (vid. *infra*), localizamos una serie de reglas elaboradas por los comerciantes de las ferias de Champagne, Brie y Lyon donde se instituían figuras orientadas a la liquidación de los bienes. El sistema allí previsto contemplaba, en caso de sospecha de fuga del deudor, la posibilidad de poner sus bienes -y a él mismo e, incluso, a su mujer- bajo el secuestro de la justicia, quedando confiada la administración a los guardias de las ferias. Estos debían proceder a la liquidación de los bienes secuestrados y al pago de los créditos impagados. Ahora bien, este sistema, establecido por los propios mercaderes en las ferias, no constituyó el estatuto jurídico general en Francia. Fue, por el contrario, la cesión de bienes introducida bajo el reinado de Luis IX. En un primer momento, con los *Établissements de Saint Louis*, hallamos un sistema que permitía al deudor sortear su ejecución personal siempre que procediera a la venta de sus inmuebles en el plazo de cuarenta horas, no se tratara de un pasivo fiscal y jurara sobre los Evangelios que pagaría sus deudas si venía a mejor fortuna. La cesión de bienes, presente en la mayoría de costumbres francesas de finales del siglo XIII y XIV, se erigió en el sistema común de ejecución patrimonial, aun con desigual intensidad en su aplicación, resultado de las carencias derivadas de un dispar derecho aplicable en función del territorio. Esta cesión de bienes coexistió en el Derecho consuetudinario de la época con aplazamientos y moratorias -*lettres répit, délai d'ajournement* y *lettres d'Etat*-, que convirtieron aquella, en algunas demarcaciones y por su carácter infamante, en la última técnica empleable. De este modo, se contempló el embargo de los bienes del deudor por autoridad judicial o municipal. En ocasiones, para su entrega a los acreedores, en una impuesta cesión de bienes, en otras, para proceder a su venta y saldar las deudas. De este modo ocurrió, por ejemplo, en la *Coutume d'Orléans*, de segunda mitad del siglo XIII, en la que se preveía el embargo de los bienes del deudor por la autoridad judicial o municipal, para su venta, salvo oposición, en el plazo de ocho días. En la cesión de bienes, según la Ordenanza de Carlos VIII de 1490, el

deudor debía comparecer personalmente. En principio, salvo que los acreedores hubieran aceptado la dación en pago, el deudor solo perdía las facultades de disposición sobre sus bienes, no el derecho de propiedad, hasta que se acometía, finalmente, la liquidación de los mismos. Esta realización, si bien en un principio era atribuida a las autoridades judiciales, se fue privatizando progresivamente con el nombramiento por los acreedores de un curador que se encargaba de aquellas labores, ostentando el juez una mera labor de supervisión. Sobre estas cuestiones, en detalle, vid. ZAMBRANA MORAL, «Algunas soluciones para la insolvencia del deudor en el Derecho medieval francés», *Anuario de Estudios Medievales*, nº 29, 1999, pp. 1186 y ss., e *Iniciación Histórica al Derecho Concursal. Planteamientos institucionales*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001, p. 197.

En Italia, en los primeros estatutos municipales de las ciudades italianas, con la recepción del Derecho común, imperó la cesión de bienes. Ahora bien, junto a este sistema, en los siglos XIII y XIV, en algunos estatutos de mercaderes destinados a las necesidades del comercio, aparecieron métodos, con los rasgos de una auténtica quiebra, para hacer frente a la situación de impago de un deudor insolvente. El *ius mercatorum*, como conjunto normativo enfrentado al Derecho romano, se erigió entonces en el ordenamiento jurídico de la economía mercantil, necesario para contribuir a la disciplina interna de los comerciantes -propiciada por la tutela penal- y para garantizar la efectiva reintegración del patrimonio del deudor insolvente. Al margen del distinto impacto que, en atención a la zona y al desarrollo económico, tuvo el *ius mercatorum*, sí identificamos consolidada una nota común en el Derecho estatutario de la época: la obligación de la autoridad pública -órgano judicial o notario- de proceder, en los supuestos de insolvencia, al secuestro del patrimonio del deudor. La generalización de esta figura en los referidos estatutos se halla estrechamente vinculada al riesgo de fuga del deudor y a la necesidad de garantizar los derechos de los acreedores sobre el patrimonio del deudor. Aun más, hay quien sostiene que los orígenes de la quiebra, regulada en aquellos estatutos, es una derivación del secuestro general que operaba sobre el patrimonio del deudor fugado ante su incomparecencia; era entonces cuando se nombraba a un curador para la administración y venta de aquel patrimonio y para el pago a los acreedores. Otros, en cambio, defienden que el secuestro, naciente en el siglo XII y consolidado en el XIV, es posterior a la quiebra, que tiene en la *datio in solutum* su verdadero origen (en relación a ambas posiciones, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pp. 323 y 324 y la bibliografía que cita en las notas al pie 28 a 32; y PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 52 a 57). Sea como fuere, no cabe duda de que en aquel tiempo se afianza el secuestro del patrimonio del deudor. Este deriva, en unas ocasiones, con cierta influencia del Derecho común, en la entrega de la *possessio et tenuta* de los bienes a los acreedores (esta entrega por la autoridad pública aparece, entre otros, en el Estatuto *dei Mercanti di Milano* de 1330, así como en el Estatuto *dei Mercanti di Bergamo* de 1457); en otras, la mayoría, en su atribución a órganos creados *ad hoc* para su administración, liquidación y distribución de lo recabado entre los acreedores [así, en Venecia, en los estatutos *dei giudizi di petizion* de 1244, las labores de administración y liquidación se asignaban al *giudice di petizion* y al *sopraconsole* -vid., al respecto, CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, S. Lattes, Torino, 1938, especialmente pp. 109, 110, y 127 y ss.; también las referencias contenidas en ROCCO, *Il fallimento...*, cit., pp. 189, 190, 192, nota al pie 102, y pp. 194 y 195, nota al pie 111-; encontramos referencias a los *sindici* en Florencia -en los estatutos del *capitano del popolo* de 1322, en los estatutos *de la Repubblica* de 1445 y en los estatutos de los *mercanti di Firenze* de 1585-, en Lucca -en los estatutos de los *mercanti di Lucca* de 1376 y de 1556- y en Bolonia -en los estatutos de los *mercanti di Bologna* de 1509-; con funciones muy similares aparecen los *deputati* en Siena -estatutos de los *mercanti di Siena* de 1616- y Génova -estatutos de 1589 y 1632-, los *ambasciatori* en Roma -estatutos de *mercanti di Roma* de 1317 y de 1363-, y los *economi* y los *curatori* en las Constituciones Piamontesas de 1723 y en las leyes derivadas de esta -en la Ley de *Piemonte* de 1770, en los *stati estensi* de 1755 (*Editto di Francesco III* de 7 de julio de 1755), y en los *stati estensi* de 1790 (*Legge di Ercole III* del 28 de agosto de 1790)]. De esta suerte, en aquel tiempo, las opciones para la ejecución privada del patrimonio del deudor quedaron desechadas y se pasaron a articular de manera paulatina procedimientos a cargo de los órganos jurisdiccionales en los que se procedía al secuestro inmediato de los bienes del deudor y a la privación de sus facultades de administración y disposición. Se constata, pues, con el desarrollo de la economía mercantil y la consolidación del *ius mercatorum*, una tendencia hacia la “publicización” de los procedimientos concursales, en los que el secuestro del patrimonio del deudor, para su posterior liquidación, quedaba bajo el completo control de la autoridad judicial.

siglo XVI en España⁶⁶⁶. Asimismo aparece en el considerado primer tratado de concurso, el *Labyrinthus creditorum* de SALGADO DE SOMOZA, donde los bienes quedaban bajo la potestad del Senado, responsable de su secuestro y custodia⁶⁶⁷. El deudor no perdía la propiedad de sus bienes pero, consecuencia del secuestro, era privado de las facultades de administración y disposición patrimonial, atribuidas a un depositario-administrador, gestor de los bienes de la masa⁶⁶⁸.

Aunque el desapoderamiento del deudor y la pérdida de las facultades de administración y disposición en los ordenamientos jurídicos posteriores al *Code* de 1807 no constituyen recta traslación del secuestro del *Labyrinthus*, fundamentalmente por la ausencia, hasta entonces, de una declaración judicial a la que vincular tal privación, es indudable su influencia en la concepción publicista del fenómeno. Nótese que las teorías de base privatista tuvieron una notable presencia en las legislaciones anteriores al *Code* de 1807 (prenda y sucesión universal), siendo con la obra de SALGADO, si bien con saltos y retrocesos, cuando la teoría publicista encuentra un incontestable impulso, sentando las bases de la relación pública entre el Estado y el patrimonio del quebrado en orden a garantizar los derechos de los acreedores⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ En Derecho castellano, de la pragmática de Felipe II de 1590 se infiere que el nombramiento de un depositario debía tener lugar con la cesión voluntaria de bienes o con la petición de espera y mientras el deudor permanecía en prisión. Aun cuando la pragmática no se refiere expresamente al secuestro o embargo de los bienes del deudor, siguiendo a ALEJANDRE GARCÍA (en *La quiebra...*, cit., pp. 103 y ss. y los documentos contenidos en pp. 197 a 199) el nombramiento del depositario por el juez se producía, o bien al proceder al embargo de los bienes, de modo que aquél los recibiera después de embargados, o antes del embargo, realizándose este en presencia del depositario (en este supuesto, a medida que los bienes se iban embargando, se entregaban al depositario, siendo esta la forma más habitual de proceder). Más detallado aparece, sin embargo, el procedimiento de algunas quiebras de aquel tiempo. Así se desprende de las del Banco de Aragón-Aguilar de 1557, en Burgos, y de Juan de la Cueva de 1635, en Lima. De ambas quiebras conocemos que, tras la declaración judicial de quiebra, se acordaba el secuestro o embargo de los bienes del quebrado, se inhabilitaba a este para la administración de sus bienes y se le ingresaba en prisión. Sobre las mismas, vid. BASAS FERNÁNDEZ, «La quiebra del Banco Aragón-Aguilar de Burgos, en 1557», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 82, 1961, pp. 359 y ss. y RODRÍGUEZ VICENTE, «Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII», *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 26, 1956, pp. 707 a 740 (disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1956-10070700740 - consultado, por última vez, el 7 de enero de 2017).

⁶⁶⁷ Vid. Pars I. Cap. XIII, nº 11-«et ideo administratorem nominatum per curiam, quantum attinet ad administrationem suum esse ministrum et ejus nomine (Senatus scilicet), non nomine creditorum, nec etiam debitoris, qui jam administrationem dimiset et a se abdicavit et transfudit in curiam, atque ideo cura, protectio et administratio principaliter residet penes curiam, quam per suum ministrum exercere censetur, cum pisa curia per se ipsam facile non possit expedire»-; y, Pars I, Cap. XIV, nº 1.

⁶⁶⁸ Vid. Pars I. Cap. XIII, nº 6 y 8.

⁶⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, tesis doctoral, Madrid, 1991, p. 188 y la bibliografía germana indicada en nota al pie 93 (disponible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4405> -consultado, por última vez, 2 de mayo de 2020-).

El secuestro que plantea la doctrina de aquel tiempo se dirige a asegurar los bienes del quebrado para la satisfacción de los acreedores por medio de su embargo preventivo. Se justifica de esta manera la inoponibilidad frente a los acreedores de los actos de disposición realizados por el deudor sobre los bienes secuestrados y la eficacia de la actividad del *curatore* en relación al patrimonio del deudor⁶⁷⁰.

El embargo como medida cautelar con un fin propiamente conservativo se integra así para explicar la pérdida de las facultades de administración y disposición patrimonial que padece el deudor, lo que paulatinamente llevó a reconocer la existencia de un embargo destinado a atender el fin de la quiebra, esto es, la realización de los bienes por medio de la enajenación, adjudicación y administración forzosas⁶⁷¹.

La clásica y ardua discusión doctrinal en torno a la función y fin del embargo -asegurativa vs ejecutiva⁶⁷²- y la búsqueda de paralelismos entre la quiebra y la ejecución

Destacando las similitudes del secuestro con el *pignoramento* y la evolución de esta hacia un carácter público en contraste con la antigua naturaleza privada reconocida, SATTA, *L'esecuzione forzata*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1952, p. 62.

⁶⁷⁰ Siguiendo a BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 472 a 476, con amplia literatura germana e italiana (notas al pie 2, 3 y 4), con apoyo en la teoría del secuestro aparecieron distintas corrientes de pensamiento no siempre bien delimitadas: en primer lugar, los que concebían que los acreedores no adquieren derecho alguno sobre el patrimonio del deudor, si bien los bienes son administrados por el *curatore* en interés de estos en nombre y representación del deudor; en segundo lugar, aquellos que entienden que el derecho de administración es arrebatado al deudor y atribuido a los acreedores, que lo ejercitan por medio del *curatore*, representante legal de los mismos; y, finalmente, aquellos que se sirven de unas y otras ideas, concibiendo al *curatore* como representante de deudor y acreedores.

⁶⁷¹ En este sentido, ya RAMÍREZ, *La quiebra*, cit., tomo II, 1959, pp. 113 y ss. (2ª ed., pp. 915 y ss.), y, DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil*, tomo II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, p. 657, que se sirven del secuestro general y del embargo para describir la naturaleza jurídica del desapoderamiento. En Italia, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., pp. 155 y ss. concibe el desapoderamiento como un secuestro con fines de liquidación.

⁶⁷² Como medida cautelar, con un fin conservativo, destinada a asegurar los fines de la ejecución, se han decantado, entre otros, ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile* (actualizada por VOCINO), vol. III, 5ª ed., ed. Giuffrè, Milano, 1964, pp. 32 y ss.; SCAGLIONI, «Sentenza dichiarativa di fallimento e pignoramento nell'esecuzione individuale», *Diritto fallimentare*, II, 1942, p. 106; y destacando su parecido con el secuestro, CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, vol. II, Cedam, Padova, pp. 75 y ss., y PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., pp. 145 y ss. y 155 y ss. Como acto que persigue un fin eminentemente ejecutivo abogan otros autores, entre otros, CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1942, p. 20; SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 62 y ss.; GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, III parte, 2ª ed., ed. Aguilar, Madrid, 1950, p. 1062, nota al pie 2. Entre los últimos, sin renegar del efecto conservativo del embargo como fin secundario y subordinado al ejecutivo, por todos, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., passim, especialmente, pp. 99 y ss.; también CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. SENTÍS MELENDO), ed. bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pp. 111 y ss.

Actualmente, es ya comúnmente aceptado entre la doctrina española que la naturaleza y finalidad del embargo depende del proceso en el que se inserte. Podemos afirmar que el embargo presenta siempre un carácter asegurativo que, sin embargo, deviene en un elemento secundario cuando el embargo es ejecutivo. De esta suerte, frente al embargo preventivo, dirigido a asegurar la eficacia del pronunciamiento jurisdiccional, encontramos el embargo ejecutivo que persigue la afectación de los bienes para garantizar la satisfacción del ejecutante (sobre la cuestión, entre otros, vid. SERRA

individual acarrearón la consolidación del embargo general (*beschlagnahme*, *pignoramento*) como fórmula explicativa del desapoderamiento.

En rigor, esta tesis aboga por prolongar al concurso el acto de afección patrimonial de la ejecución ordinaria concibiendo la declaración judicial de quiebra como una suerte de embargo general. De este modo, se adiciona un elemento a la teoría del secuestro: un vínculo procesal de los bienes a los fines de la ejecución.

En Italia, el éxito de esta idea -hasta la fecha- reside en la identidad de efectos de la declaración de concurso y embargo⁶⁷³. Concretamente, la privación de las facultades patrimoniales derivadas del embargo resultan extrapolables a la declaración de quiebra, a la que se asocia un acto de idéntica naturaleza, aunque de mayor proyección al afectar al entero patrimonio⁶⁷⁴.

Los actos realizados por el concursado sobre los bienes que integran la masa activa resultan de este modo inoponibles frente a los acreedores, en equivalentes términos a como acontece con los actos ejecutados por el deudor sobre los bienes secuestrados o embargados respecto de los que se predica una ineficacia relativa. En el

DOMÍNGUEZ/RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares*, ed. Bosch, Barcelona, 1974, pp. 63 y ss.; ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, pp. 52 a 54; y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed., ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 957).

⁶⁷³ Aunque con detractores, como veremos seguidamente, es una de las tesis que cuenta con mayor respaldo doctrinal en el país ítalo. Al respecto, vid. TESCARO/ZACCARIA, «Commentario all'articolo 42», *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 258 y 259, con jurisprudencia en este sentido. En la doctrina italiana, sostienen este juicio, entre otros, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, cit., pp. 398 y ss.; SCAGLIONI, «Sentenza dichiarativa di fallimento e pignoramento nell'esecuzione individuale», cit., pp. 101 y ss.; SATTA, *Istituzione di Diritto Fallimentare*, 5ª ed., soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1957, pp. 128 y 129; AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo I, 2ª ed., ed. Utet, Torino, 1961, pp. 325 y ss., especialmente, pp. 332 y ss.; VITALE, *La dichiarazione del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 186 y ss.; PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 393 y ss., e *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 180 y 181; FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, ed. UTET, Torino, 1993, p. 542; y PAJARDI/PALUCHOWSKY, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., pp. 247 y ss., 271 y 275.

En Francia esta formulación también ha contado con destacado respaldo doctrinal, entre otros, vid. LYON-CAEN y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, cit., pp. 186 y 251; RODIÈRE, *Droit commercial*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1970, pp. 286 y ss.; RIPERT/ROBLLOT, *Traité de droit comercial*, tomo II, 17ª ed., LGDJ, Paris, 2004, pp. 1009 y ss., todos anteriores a la *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, en vigor desde el 1 de enero de 2006, que acomete la última reforma del sistema concursal galo. Esta tesis puede ser defendible, en el actual sistema, respecto a la *liquidation judiciaire* (vid. L. 641-9). En Bélgica, vid. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012, § 40 a 43, 513, 541 y 548.

⁶⁷⁴ Por todos, SATTA, *Istituzione di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 128 y 129, para quien la única diferencia es que los efectos pignoramento es «quantitativamente più imponenti». Asimismo, vid. PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 20 y 21: «Non v'è, però, un notevole distacco nel campo del diritto concorsuale rispetto a quel che avviene secondo il diritto comune. (...) Ciò che vi è di diverso, è solo il carattere più drastico dell'intervento dello Stato, in ragione del maggior interesse che annette alla materia».

país transalpino, tal identidad en el régimen jurídico aplicable se deduce del art. 2906 *Codice civile* para el secuestro, y de los arts. 2913 *Codice civile*, 491-I *Codice di procedura civile* y 44 Legg. fall. (art. 144 del nuevo *Codice della crisi d'impresa*) para al embargo⁶⁷⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, estas construcciones no han estado exentas de crítica en la doctrina italiana⁶⁷⁶. En primer lugar, se aduce el carácter estático que acompaña a tales institutos en contraposición al dinamismo que exige la actividad desplegada por los órganos del concurso. Nótese que es una actividad no limitada a la mera conservación sino abierta a la disposición y asunción de nuevas obligaciones en orden a garantizar la satisfacción de los acreedores⁶⁷⁷.

Estrechamente ligado a ello, en segundo lugar, ni el secuestro ni el embargo permiten explicar la insensibilidad de los bienes y derechos de la masa activa a las obligaciones contraídas por el deudor, privado de facultades patrimoniales, después de la declaración de concurso. Ciertamente justifica la conservación del patrimonio con veto a la disposición directa del bien secuestrado por parte del deudor, pero no la acotación de la responsabilidad derivada del nacimiento de nuevas obligaciones dentro concurso. Esto es, ni el secuestro ni el embargo impiden que los acreedores que hayan adquirido tal condición tras su decreto concurren a la liquidación del bien afectado; imposibilidad existente tras la declaración judicial de insolvencia respecto a aquellas relaciones obligatorias entabladas por el *fallito*⁶⁷⁸. La referida declaración entraña, pues, la exclusión respecto a la masa concursal de los titulares de créditos que no hallen su origen en la actividad del órgano de administración, sin perjuicio de la validez de la obligación y, por ende, de su satisfacción tras la conclusión del concurso⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ En Francia, en el régimen precedente, aunque no existía un precepto que declarara tal ineficacia tras la declaración de quiebra, era considerado por la mayor parte de la doctrina que los actos realizados por el quebrado eran inoponibles frente a la masa. Entre otros, RODIÈRE, *Droit commercial*, cit., pp. 289-290; RIPERT/ROBLOT, *Traité de droit commercial*, cit., p. 766. Asimismo era considerado en la Ley reguladora del *redressement* -vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 619 y 620, nota 4 y la bibliografía francesa allí referenciada-. En el régimen vigente, sí hallamos en el *redressement judiciaire* (Título III, *Loi n° 2005-845*) un Capítulo II («*De la nullité de certains actes*»); arts. L. 632-1 a 632-4) dedicado a la nulidad (art. L. 632-1) y anulabilidad de ciertos actos (art. L. 632-2 y 632-3).

⁶⁷⁶ Para una amplia crítica a la teoría del secuestro, vid. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 4ª ed., Cedam, Padova, 1964, pp. 221 y ss.

⁶⁷⁷ Vid., especialmente, BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 479 y ss.

⁶⁷⁸ En este sentido, FERRARA (JR.), *Il fallimento*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1989, pp. 300 y 301; y SATTA, *Diritto Fallimentare*, 2ª ed., cedam, Padova, 1990, pp. 148 y ss.

⁶⁷⁹ DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 179 y 180.

En tercer lugar, secuestro y embargo no implican, en todo caso, privación de la facultad de administración de los bienes⁶⁸⁰. Adviértase que el titular puede constituirse en depositario de los mismos, con asunción de las obligaciones legalmente atribuidas a este⁶⁸¹.

Finalmente, ambas figuras tampoco permiten acertar pacífica respuesta a la pérdida de legitimación que soporta el insolvente para actuar y oponer resistencias en juicio tras la declaración de insolvencia⁶⁸². Ello parece lógico desenlace en el ámbito procesal de los límites de esta tesis para explicar en la órbita material la merma de las facultades patrimoniales que padece aquel⁶⁸³.

Los paralelismos trazados entre secuestro/embargo y declaración de concurso por la doctrina italiana no son rectamente trasladables a nuestro ordenamiento, fundamentalmente porque en España ni el secuestro de inmuebles⁶⁸⁴ ni el embargo privan de la facultad de disposición al deudor, con plenas posibilidades de enajenación del bien por parte de su titular⁶⁸⁵ (respecto al embargo, vid. *infra* Capítulo III)⁶⁸⁶. Exclusivamente apreciando estas especialidades, las críticas al secuestro⁶⁸⁷ y al embargo

⁶⁸⁰ Respecto al secuestro, BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 479.

⁶⁸¹ CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 440 y ss.

⁶⁸² No refiere la existencia de privación de legitimación sino de limitación de la capacidad para estar en juicio, ANDRIOLI, voce "Fallimento (dir. priv. e dir. proc. civ.)", *Enciclopedia diritto*, XVI, 1967, edición digital (www.iusexplorer.it).

⁶⁸³ En el mismo sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 206.

⁶⁸⁴ Tampoco el secuestro de bienes muebles implica privación de la facultad de disposición, aunque sí impide la *traditio* material del bien secuestrado con imposibilidad de sustracción a la ejecución. Vid. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 432.

⁶⁸⁵ Aunque es doctrina muy minoritaria, en Italia se ha defendido que el embargo no debiera privar al titular del bien de la facultad de disposición sino implicar mera imposición de un vínculo de destino que lo siga tras su enajenación. En este sentido, vid. CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Cedam, Padova, 1936, p. 235.

⁶⁸⁶ Asimismo, conviene tener presente que en España, a diferencia de Italia, el embargo no permite que aquellos créditos nacidos tras su dictado participen en la distribución de lo recabado con la enajenación del bien embargado. A salvo queda, lógicamente, que el bien sea objeto de sucesivos embargos (reembargo) o se produzca el embargo de sobrante, pero, en ninguno de los dos supuestos, los acreedores adquieren la condición de parte en la ejecución instada por el promotor del primer embargo.

Este distinto régimen del *pignoramento* en el país ítal y su trasplante al ámbito concursal llevó a la doctrina (por todos, AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo I, cit., pp. 375 y ss.) a distinguir entre vínculo «a porta aperta», para describir el efecto del embargo en la ejecución individual y la posibilidad de los acreedores de participar en el resultado de la ejecución individual, y vínculo «a porta chiusa», para describir el efecto del embargo en el concurso y la imposibilidad de participación de los acreedores del deudor en el montante recabado tras la declaración de aquel.

⁶⁸⁷ Con notables salvedades pues si bien es cierto que el secuestro o depósito de bienes muebles garantiza la no sustracción jurídica y física del bien, esta afirmación no es tan pacífica en el secuestro de inmuebles. Desde luego, la sustracción física, por la naturaleza del propio bien, es más intrincada, esté aquel o no secuestrado; aunque ciertamente se puedan evitar menoscabos con su decreto. Ahora bien, la sustracción jurídica no se evita con el secuestro pues el titular puede, en todo caso, disponer del bien con

esgrimidas por la doctrina pueden ser útiles en el estudio del régimen jurídico español⁶⁸⁸.

2.4. La declaración de concurso no entraña expropiación del derecho de disposición del deudor ni de su patrimonio

La tesis del embargo general, especialmente bien acogida en el ordenamiento jurídico italiano, dio pábulo a otras construcciones más extremas que concebían que, con la declaración de concurso, se producía una suerte de expropiación de la facultad de disposición del deudor sobre sus bienes e, incluso, del entero patrimonio del deudor con transferencia general de estos mismos bienes a la masa concursal o al poder público.

El grupo de teorías que se ajustan a esta línea argumental ha sido objeto de abono de reputados procesalistas. A juicio de sus creadores y prosélitos, la inmisión coactiva del órgano jurisdiccional en el patrimonio del deudor, con transformación de su destino jurídico para la satisfacción de un interés superior, solo puede ser justificado sobre la base de fórmulas expropiativas.

2.4.1. Sobre la expropiación del patrimonio concursal y la creación de un ente jurídico provisorio o nuevo sujeto de derecho

Por orden cronológico de aparición, la primera tesis de corte expropiativo tiene como principal exponente a BONELLI⁶⁸⁹. Esta propuesta se asienta en la idea de que la declaración de *fallimento* acarrea la pérdida del derecho de propiedad del deudor sobre su patrimonio, con creación de un ente provisorio, dotado de personalidad jurídica, que deviene titular de aquel con el propósito de cumplir con el fin de la quiebra⁶⁹⁰.

inscripción registral de la venta. El tercero adquirente gozará de la protección de la fe pública registral frente al secuestrante. Sobre la cuestión, vid. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 431 y ss.

⁶⁸⁸ Respecto al régimen precedente a la LC de 2003, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 192 y ss.

⁶⁸⁹ Aunque esta idea ya había sido apuntada por la doctrina alemana de finales del siglo XIX, esta construcción fue ampliamente desarrollada por BONELLI a lo largo de varios trabajos: «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale (I)», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. VI, 1888, pp. 193 a 233; «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale (II)», *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. VII, 1889, pp. 3 a 37 y 169 a 230; «Di una nuova teorica della personalità giuridica», *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. IX, 1890, pp. 325 a 360; «La teoria della persona giuridica (I)», *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 445 a 508; y «La teoria della persona giuridica (II)», *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 593 a 673. Sobre esta formulación, de manera más escueta, vid. BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 497 y ss.

⁶⁹⁰ BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 507 a 513.

Esta privación dominical está acompañada, empero, de dos elementos: de un lado, de una tácita condición resolutoria en caso de que se alcance un *concordato* o se pague a todos los acreedores; de otro, de un derecho personal del *fallito*, que no impide la disolución del derecho de propiedad, a que se procure el máximo valor de los bienes en la liquidación para pagar el mayor número de acreedores.

En virtud de la primera circunstancia, la consecución de un convenio o la satisfacción de todos los créditos en la quiebra determina el reingreso de los bienes del deudor en su patrimonio. En atención a la segunda, y consecuencia de la primera, el deudor continúa ligado a su patrimonio por un vínculo de expectativa. Interesado - refiere el autor- no equivale a propietario⁶⁹¹.

Esta formulación queda justificada en la idea de que la propiedad, en el sentido de pertenencia individual o colectiva, viene a menos en aquellas situaciones en las que el patrimonio está destinado a satisfacer un objetivo que trasciende el mero interés particular. En tales escenarios, la propiedad queda en suspenso hasta que cesa el objetivo o destino del patrimonio fijado por la ley.

Y en el ínterin, por cuanto el derecho de propiedad queda vacío de contenido activo para el fallido, se erige en titular un ente instrumental y transitorio con personalidad jurídica⁶⁹² al servicio del destino legal que habilita su creación: la liquidación judicial para la satisfacción del interés de los acreedores⁶⁹³.

Esta formulación en torno a la personificación o autonomía subjetiva de la masa (*Zweckvermögen*) tuvo sus partidarios en Alemania⁶⁹⁴; también detractores⁶⁹⁵,

⁶⁹¹ Cfr. *ibidem*, pp. 501 y 502.

⁶⁹² BONELLI, que dotaba de personalidad jurídica a todos los sujetos y entes capaces de entablar relaciones jurídicas patrimoniales de manera autónoma, distinguía entre las personas jurídicas permanentes o absolutas y provisorias o relativas. Entre las primeras ubicaba las fundaciones, las sociedades mercantiles y los entes político-administrativos; entre las segundas situaba la herencia yacente y el ente provisorio concursal, cuyo patrimonio tiene un destino concreto que sirve de pasaje entre dos o más personas permanentes o absolutas (*Del fallimento...*, cit., pp. 507 a 509).

⁶⁹³ Vid. *ibidem*, pp. 519 y 520.

⁶⁹⁴ A favor, VÖLDERNDORFF, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich*, 2ª ed., Erlangen, 1884, vol. I, pp. 31 y ss. (disponible en <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22215701%22> -consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020-); y HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, Deichert, Leipzig, 1903, pp. 295 y ss. (disponible en https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11169834_00005.html -consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020-). Una amplia literatura puede verse en TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 37 y 38, nota 68.

⁶⁹⁵ En contra, OETKER, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1891, vol. I, pp. 314 y ss. (disponible en [319](http://dlib-</p></div><div data-bbox=)

probablemente reflejo de la pugna que entonces campaba entre la dogmática jurídica en torno a las tesis de la realidad y de la ficción de la persona jurídica. Para los partidarios de aquella nueva subjetivación, sin embargo, la superación del conceptualismo imperante y el relativismo del concepto de persona jurídica llevaría consigo una menor resistencia al reconocimiento de la masa como persona jurídica⁶⁹⁶.

Junto a estas posiciones enfrentadas, aparecen en aquel tiempo fórmulas intermedias que apuestan por ubicar a la masa concursal entre los denominados patrimonios autónomos⁶⁹⁷. Ello facilitaba el reconocimiento de un nuevo centro de atribución de las relaciones jurídicas activas y pasivas sin pérdida de la titularidad dominical del deudor. El quebrado es titular formal, pero con vaciamiento en la disposición del activo e insensibilidad de su actuación respecto al patrimonio propio.

El cuadro de efectos descritos, esto es, la indisponibilidad patrimonial y su puesta a disposición a favor de los órganos del concurso, desemboca en que el deudor se erija en una suerte de “propietario quiescente”⁶⁹⁸, cesante al cumplirse el cometido patrimonial. En tales circunstancias, se habla de cuasi expropiación⁶⁹⁹, en tanto que el patrimonio autónomo resulta emancipado del deudor, con posibilidades de actuación separada y punto de atribución de derechos y obligaciones independiente⁷⁰⁰.

Los aciertos de este bloque de teorías tendentes a la personificación o subjetivación de la masa activa, con mayor o menor intensidad en su formulación, son innegables.

En primer término, ofrecían solución a la incertidumbre sobre la prioritaria posición de los acreedores de la masa. La preferencia en el pago de estos, en detrimento de los acreedores del quebrado, muy discutida en aquel tiempo, lograba ser explicada

pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22181493%22 -consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020-).

⁶⁹⁶ Vid. HANISCH, *Rechtszuständigkeit der Konkursmasse (die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht)*, Frankfurt, 1973, pp. 275 y ss.

⁶⁹⁷ Al respecto, GRAßHOFF, «Die Verselbständigen Vermögensmassen (Die dritte Rechtsperson)», *Rechtsanwälte des Kammergerichtsbezirks*, Festschrift für E. Heinitz, Reimar Hobbing, Berlín, 1926, pp. 127 y ss.

⁶⁹⁸ El empleo de esta expresión la localizamos en CERRI, *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 1997, pp. 24 y ss. Para este autor, el destino jurídico y la puesta a disposición a un fin determinan un estado de aquiescencia de los poderes dominicales que viene representado por la antedicha locución (p. 33). Sobre esta cuestión y su tesis, que no encaja en este grupo de teorías, vid. nota al pie 734.

⁶⁹⁹ En este sentido, BÖTTICHER, «Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ», *ZZP*, 77, 1964, p. 67.

⁷⁰⁰ Vid. HANISCH, *Rechtszuständigkeit der Konkursmasse...*, cit., pp. 84 y ss.

reconociendo un distinto centro de imputación de las relaciones jurídicas desde la constitución de la nueva situación jurídica. En este sentido, se afirmaba que los acreedores de la masa se satisfacen con prioridad porque la masa, en primer lugar, ha de atender a sus propias deudas, y solo después, de manera independiente, puede hacer frente a aquellas relativas a otros sujetos (en este caso, del quebrado)⁷⁰¹.

En segundo lugar, permite hallar una explicación, aparentemente pacífica, a la posición del órgano de administración, liberándose de las limitaciones que hasta el momento presentaban las discutidas teorías de la representación en sus dos vertientes, del deudor (*Schuldnervertretungstheorie*) y de los acreedores (*Gläubigerververtretungstheorie*). La eficacia de la actividad desplegada por el administrador o administradores y su inmediato reflejo en el patrimonio de una masa personificada revelaban el funcionamiento de una relación representativa entre ambos sujetos de derecho, creada por la ley, desde la declaración de concurso. El órgano de administración actuaba, pues, como representante y en interés exclusivo de un nuevo sujeto, al que se adapta con facilidad su ámbito competencial⁷⁰².

En tercer término, coadyuvaba a tal reconocimiento la aparición de nuevos instrumentos orientados a la reconstitución patrimonial (destacadamente, las acciones de reintegración concursal), coetáneas a la creación de la referida masa, con atribución de su ejercicio al órgano de administración e imputación de su resultado a aquella. El perfecto engarce de esta realidad con la teoría descrita es evidente.

Por último, esta subjetivación del patrimonio concursal contaba en el panorama jurídico español con apoyo legal. Nuestro ordenamiento jurídico parecía dotar de personalidad a la masa activa al contemplar que, desde la declaración de quiebra, masa y quebrado constituían distinto sujeto de derecho con sustitución del segundo por la primera respecto a los derechos que ostentara el quebrado (art. 908 CCom/1885), los pleitos habían de promoverse contra la masa (art. 1379 LEC/1881), y la masa podía hacer «uso» de determinados derechos (art. 918 CCom/1885).

⁷⁰¹ Sobre la cuestión, BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 83 y ss. De interés en esta cuestión, vid. el análisis del régimen legal y doctrina alemana realizado en el mismo trabajo, pp. 56 y ss.

⁷⁰² Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 38. Como señalara BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 520, el *curatore* es representante del ente, asumiendo su gestión y las relaciones jurídicas que, desde la constitución de la nueva situación jurídica, detenta este, atendiendo en todo caso a la finalidad legalmente establecida, con exclusión de la voluntad del antiguo propietario (el fallido) que resulta del todo irrelevante.

Actualmente, esta tesis goza de proyección legal. En el ámbito procesal, la LEC/2000 reconoce de manera expresa esta construcción, al menos en los supuestos en los que se decreta el régimen de suspensión. De este modo se infiere si se observa que, de un lado, se dota de capacidad para ser parte a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» (art. 6.1.4º), siendo innegable que el supuesto halla completo acomodo en este inciso del apartado 4º; y, de otro, se otorga la representación necesaria en juicio de la aludida masa patrimonial a los sujetos que, conforme a la ley, las administren (art. 7.5).

Aunque es un argumento sobre el que incidiremos más adelante, avanzamos que no debe despreciarse el reconocimiento a un interés de la masa o interés del concurso, objetivado legalmente en el TRLC (arts. 96, 119.2, 120.1 y 2, 122.2, 128.2, 135.1, 136.3, 164, 165.1, 204, 232.3, 242.3º, 4º y 9º, 245.3, 281.1.7º, 417.1, 419.1, 420.1, 422.2, 444.2º y 736.1 y 2), cuya consecución es expresamente encomendada a la administración concursal. Este interés es plenamente escindible del interés del deudor y de los acreedores lo que puede constituir, al menos en el ámbito procesal, un escenario propenso a la identificación de distintas posiciones, expresión de aquel dispar interés, con justificadas razones de intervención separada⁷⁰³.

2.4.2. Sobre la expropiación del poder de disposición

Esta segunda construcción, que se presenta como más depurada que la anterior, se servía de la idea planteada por THON de que la facultad de disponer de un derecho es cosa distinta del derecho mismo de que se dispone. En famosa expresión del autor alemán: la fuerza de quien lanza una piedra es una manifestación de poder físico que nada tiene que ver con la piedra lanzada⁷⁰⁴.

Ciertamente reconocer que la titularidad del derecho es dissociable de la facultad de disposición del mismo derecho en el que se integra permite justificar, sin dificultades, el poder o potestad del órgano jurisdiccional en la disposición y enajenación forzosa de los bienes del deudor. La declaración de concurso entrañaría la

⁷⁰³ Vid. *infra* Capítulos VI y VIII.

⁷⁰⁴ Cfr. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, pp. 325 a 330 -*Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. al italiano de LEVI), 2ª ed., Cedam, Padova, 1951, pp. 319 y 320-.

expropiación del poder de disposición del insolvente que, desde entonces, aun siendo titular del bien, pierde aquella facultad respecto a los bienes que integran la masa activa.

Esta formulación, desarrollada por CHIOVENDA en rechazo a las construcciones privatistas de la prenda general y de la constitución de cualquier derecho de garantía de los acreedores sobre el patrimonio concursal⁷⁰⁵, contaba a su favor con valiosos argumentos. Destacadamente, en escenarios de insolvencia, donde esta construcción, creada con vocación de generalidad⁷⁰⁶, encuentra fácil acomodo, al menos en contraste con las posibilidades que brinda su explicación respecto a la ejecución individual.

El primer acierto de esta formulación fue poner el acento en el carácter procesal y público del apoderamiento. Contrastada la insuficiencia de las teorías de corte privado descritas, se defiende que el derecho de venta, que no es de los acreedores, recae en el Estado, dispuesto como instrumento al servicio de la ejecución, en actuación de lo preestablecido en la ley⁷⁰⁷.

Esta prerrogativa, sin embargo, no resulta de la expropiación del entero patrimonio del deudor sino de la concreta facultad de disposición ínsita en el derecho de propiedad. En puridad, solo esta facultad precisa ser objeto de expropiación en orden a garantizar la obtención de un fin de utilidad general, por medio del ejercicio de la función jurisdiccional y con imposibilidad del titular dominical de perturbar la transmisión. De esta suerte, es el mismo orden jurídico que arrebató al propietario el poder de disposición el que permite investir a un órgano público de la potestad para su ejercicio de acuerdo con el interés general que ha justificado aquella expropiación⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», cit., *passim*. Seguida, entre otros, por CALAMANDREI, «La sentenza como acto de ejecución forzosa», *Opere giuridiche. Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, vol. IX, ed. Roma Trepress, 2019, pp. 354 y ss. -también en *Estudios sobre el Proceso Civil* (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 524 y ss. (513 a 535)-.

⁷⁰⁶ La construcción servía para explicar fenómenos muy heterogéneos. Desde supuestos cuya nota común es la concurrencia de un fin de interés general (v.gr., expropiación de un bien de utilidad pública, la declaración de concurso, la expropiación de los bienes del deudor, la entrega de viviendas deshabitadas a personas sin techo), hasta otros muy distintos como la patria potestad o las posibilidades de anulación de un resultado por vía judicial con privación de una facultad ejercitada en perjuicio de acreedores (v.gr., al renunciar a una herencia). Vid. *ibidem*, pp. 87 y ss.

⁷⁰⁷ Vid. CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», cit., p. 92.

⁷⁰⁸ Cfr. *ibidem*, p. 96. Siguen a CHIOVENDA, entre otros, CICU/MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1971, pp. 27 y 28.

En el régimen vigente, aunque con carácter general la facultad de disposición cumple respecto al derecho de propiedad una función de aprovechamiento material⁷⁰⁹ dirigida a satisfacer la voluntad de su titular dominical, no resultaría absurdo barajar la tesis de que, consecuencia de la declaración de concurso, aquella función se reorienta a satisfacer un interés distinto -el interés del concurso- que, desde entonces, preocupa y prioriza el legislador en los mandatos contenidos en el TRLC, tanto en la gestión como en la realización del haber concursal.

Ello facilita la idea de que la declaración de concurso lleva consigo la transformación de las relaciones jurídico-patrimoniales del deudor, que pasan a estar regidas por aquel interés del concurso objetivado por la Ley; también permite explicar el mecanismo en virtud del cual, al menos el régimen de suspensión (art. 106.2 TRLC), se priva al deudor de su facultad de disposición con atribución y correlativo desplazamiento de esta a la administración concursal.

A favor de esta teoría juega que no descubramos en su implementación los problemas que hacen inviable su sostén en la ejecución individual⁷¹⁰.

En primer lugar, es posible sortear el obstáculo, formulado en relación al embargo, de que por cuanto el deudor puede transmitir con plena validez el bien, deviene imposible concebir que aquel ha sufrido, en su facultad de disposición, acto de expropiación alguno⁷¹¹.

En efecto, en el concurso, el deudor no goza de la libertad absoluta para realizar actos de transmisión *inter vivos*, menos aún si se ha anotado preventivamente o inscrito en el registro la declaración de concurso. La garantía de intransmisibilidad de los bienes a terceros desde la anotación registral y, en su defecto, la articulación de remedios para la impugnación de su disposición favorece, o al menos no contraría, aquella interpretación del despojo de la facultad de disposición.

⁷⁰⁹ VILLAVICENCIO ARÉVALO, «La facultad de disposición», *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1950, p. 1040.

⁷¹⁰ Sobre tales problemas en la ejecución individual, por todos, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 86 y ss. y 119 y ss.

⁷¹¹ En efecto, el dominio del deudor no sufre limitación sustancial alguna ni con el embargo ni con el despacho de la ejecución, siempre que los actos de disposición no resulten incompatibles con los actos del órgano ejecutor sobre su patrimonio. La única limitación existente es, pues, de carácter procesal y público con afectación del bien al resultado de la ejecución. Al respecto, *ibidem*, p. 121.

En segundo lugar, la declaración de concurso necesariamente tiene un fin conservativo y ello exige reforzar la intensidad de la afección. Al menos *a priori*, los bienes han de permanecer bajo la órbita dominical del concursado para que los órganos concursales puedan llevar a cabo la actividad instrumental, previa y preparatoria, dispuesta legalmente para la posterior realización forzosa o satisfacción de los acreedores por vía de convenio.

El dominio del concursado padece de este modo no solo una limitación de carácter procesal y público sino también de alcance sustantivo. Estas se concretan, de un lado, en el alternativo régimen de restricción a las facultades de administración y disposición patrimonial (arts. 28.1.3º, 106, 321 y 413 TRLC), y, de otro, en el cuadro de acciones dirigidas a instar su anulación en caso de contravención (arts. 109 y 321.2, 405.2 y 558.2 *in fine* TRLC), en aras a garantizar la conservación de la masa. Recuérdese, asimismo, que la disposición de todo bien o derecho debe contar con la autorización del órgano jurisdiccional hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación (art. 205 TRLC, con las excepciones y especialidades *ex* arts. 206 y 209 y ss. TRLC, respectivamente).

La limitación procesal y pública del poder de disposición es pues, como ya estudiamos, de la máxima extensión e intensidad, con consecuente reflejo en su eficacia registral. De hecho, la anotación de concurso se asimila, con especialidades, a la anotación preventiva de prohibición de disponer o enajenar que tiene su origen en resolución judicial o administrativa (arts. 26.2ª y 42.4º LH); esto es, se exceptiona la regla general del art. 71 LH, que habilita la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales anotados, impidiendo la inscripción de los actos dispositivos respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación que hubiere realizado posteriormente su titular (art. 145 RH)⁷¹².

Y la fórmula jurídica que permitiría explicar lo expuesto, a reserva de lo que luego indicaremos, podría ser la tesis chiovendiana de la expropiación de la facultad de disposición.

⁷¹² SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 531.

2.4.3. Sobre la expropiación del patrimonio concursal al servicio de un interés público superior o con traspaso a los titulares de los órganos públicos

Enmendando la anterior construcción, GUASP desarrolló otra de las tesis expropiativas más destacadas en la materia.

A juicio de este autor, la naturaleza jurídica de las actividades de apoderamiento de los órganos del concurso solo podía ser explicada partiendo de la figura de la transferencia coactiva creada años atrás por PUGLIATTI⁷¹³.

La actividad de inmisión forzosa del órgano jurisdiccional en el patrimonio del concursado con conversión de las situaciones jurídicas primitivas e indiferencia hacia la voluntad de aquel encajaba en el mecanismo de la expropiación⁷¹⁴. Se alcanza, desde luego, el mismo resultado al que típicamente responde este expediente: «el Poder público se apodera de bienes de los particulares para realizar una finalidad distinta de la puramente privada, a la que el bien inicialmente estaba sujeto, y dotada de los caracteres de una misión pública»⁷¹⁵.

En rigor, la institución del apoderamiento reúne las características identificativas de una expropiación. En primer lugar, la injerencia coactiva en el patrimonio de un sujeto jurídico con mutación concreta de las situaciones jurídicas a las que afecta. En segundo lugar, la «extirpación radical» y transformación jurídica de los bienes objeto de expropiación con atribución a otros poderes de derecho para su transmisión a terceros y abandono de fórmulas de raigambre privada. En tercer lugar, subordinación de los

⁷¹³ Esta construcción es desarrollada por el autor italiano en distintos trabajos: «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Reale Università di Messina*, I, 1927, pp. 165 y ss. (también en *Studi sulla rappresentanza*, ed. Giuffrè, Milán, 1965, pp. 3 a 33); *Teoria dei trasferimenti coattivi (introduzione)*, ed. Casa tipografica Ettore Silva, Messina, 1931; *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., passim, y «Trasferimenti coattivi», *Nuovo Digesto italiano*, 1940, pp. 302 y ss.

⁷¹⁴ Similar concepción identificamos en PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova, 1977, pp. 20 y ss. En contra de tal asimilación, en relación a la venta judicial, SATTÀ, *La rivendita forzata*, ed. Giuffrè, Milano, 1933, pp. 76 y ss., y CERINO CANOVA, «Vendita forzata ed effetto traslativo», *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, p. 151. Vid., asimismo, ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile* (actualizada por VOCINO), cit., pp. 82 y ss.

⁷¹⁵ Cfr. GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power C^o. Ltd"*, cit., p. 186.

intereses particulares a un fin público, netamente institucional, al que se dirige el proceso⁷¹⁶.

En el ideario de GUASP sobre la cuestión, tres extremos más resultan destacables.

La expropiación se produce desde el mismo embargo u ocupación de los bienes y no desde el momento de la enajenación⁷¹⁷. Ello permite explicar la limitación de poderes del sujeto pasivo desde la declaración de quiebra, con relegación del deudor como titular de las situaciones jurídicas de que antes disfrutaba; también que, en el momento en que se produce la transmisión del bien a un tercero, el órgano jurisdiccional cuenta ya con un poder previo, suficiente para proceder de manera válida a tal realización⁷¹⁸.

Asimismo, el apoderamiento de los bienes del deudor como situación jurídica viene acompañado del nacimiento de una compleja titularidad a favor de determinados órganos de la quiebra. La disponibilidad de los bienes por estos órganos enlaza directamente con tal titularidad, que proporciona la adecuación a derecho del ejercicio de los poderes que aquellos llevan a cabo. Esta titularidad deviene efectiva, automáticamente, desde la declaración de quiebra⁷¹⁹, momento en el que resulta la expropiación procesal. De este modo las titularidades jurídicas del deudor pasan, en todo o en parte, a los nuevos titulares públicos del bien, y, en su caso, nuevamente, mediante la enajenación forzosa, a otros particulares⁷²⁰.

⁷¹⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 186 y 187. Asemajaba GUASP, de este modo, la función y estructura de la expropiación administrativa con la que él denominaba expropiación procesal: «Y para establecer esta analogía no es preciso hacer del derecho procesal un segmento del derecho administrativo como se verifica cuando vulgarmente se habla de la Administración de Justicia. Basta con observar que en la Administración y en la Justicia el Poder público actúa instrumentalmente, por esencia, de una misma manera, siendo al fin y al cabo una manifestación de un mismo organismo, el cual actúa subordinando, dentro del derecho, las finalidades de los particulares a las finalidades públicas que el propio Poder reconoce como tales».

⁷¹⁷ Y es que GUASP equiparaba el embargo ejecutivo a la ocupación, dotando a ambos instrumentos de una naturaleza expropiativa desde su dictado (*ibidem*, pp. 190 y 191). Como sabemos, este paralelismo entre el embargo de la ejecución singular y el embargo general de la quiebra ha sido sostenido por un destacado sector de la doctrina italiana de la época, si bien defendiendo que no existe expropiación hasta un momento ulterior, *vid.*, entre otros, SATTI, *Istituzione di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 128 y 129, y PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 21 y 22.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 189 a 191.

⁷¹⁹ *Ibidem*, pp. 180 y 181.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 189. Pese a lo expuesto, el propio GUASP acaba matizando la intensidad de sus afirmaciones. De esta forma, acaba reconociendo que resulta forzado calificar que, en sentido técnico, se produzca una “adquisición” de los derechos del deudor, ni originaria ni derivada, por el poder público (p. 191). E incluso acaba planteándose: «¿Puede llamarse al Estado, o a los órganos que por él actúan en una quiebra, dueños de los bienes embargados, a pesar de que, como dueños, transmiten o pueden transmitir

Finalmente, la expropiación dota al fenómeno del apoderamiento de su verdadera significación jurídica. Esto es, el contenido de la expropiación procesal, como institución jurídica, está definida por un régimen peculiar al que quedan sometidos los bienes y derechos expropiados. Este régimen jurídico, público y procesal, se aleja del régimen anterior que el derecho privado asignaba a los mismos⁷²¹.

Los aciertos de esta construcción son fundamentalmente dos. De un lado, explica el apoderamiento sobre la base de moldes de Derecho público y procesal. La intervención del Estado se erige en piedra de toque para explicar la sujeción patrimonial al órgano jurisdiccional y la insensibilidad jurídica de los actos realizados por el deudor frente a su patrimonio.

De otro lado, pone el énfasis en la integración de un interés público en las relaciones jurídicas del deudor, tras la declaración de insolvencia, al que se subordinan los intereses particulares. Se produce, de esta suerte, una mutación del régimen jurídico de los bienes y derechos que integran la masa activa en aras a alcanzar un fin superior al que se dirige el proceso.

2.4.4. Réplica a las construcciones expuestas: la declaración de concurso no acarrea expropiación alguna

En los sistemas de corte continental, en cuyos países se fraguaron las construcciones descritas, se ha renunciado a toda fórmula de naturaleza expropiativa⁷²²

esos bienes a terceros? ¿Son, en igualdad de condiciones, poseedores el Estado o los órganos legítimos de una quiebra? ¿Cabe hablar de la titularidad, *more iure civile*, de derechos sobre cosa ajena o de derechos de garantía en favor de un Juez o de unos Síndicos?». A lo que respondía: «Siempre que se hable en estos términos se está en terreno de pura metáfora, en un artificio científico que la comodidad del lenguaje puede justificar en algunas ocasiones, pero que, en cuanto se plantee un problema sobre la verdadera naturaleza de lo que se está presenciando, hay que desechar rotundamente» (ibídem, pp. 191 y 192).

⁷²¹ Ibídem, p. 191.

⁷²² La razón hay que hallarla en el *Code* de 1807 que renunció deliberadamente a esta opción legal aunque fue objeto de debate durante la discusión del proyecto. Al respecto, de interés, los discursos de MR. SEGUR y MR. FRESVILLE sobre el proyecto de *Code en Código de Comercio de Francia con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado (traducido al castellano con varias notas relativas a nuestra legislación y usos mercantiles, y un plan de una escuela de Comercio)*, Imprenta de la calle de la Greda, Madrid, 1808, pp. 117 y ss.; disponible en <https://books.google.es/books?id=xn1PTytf9AC&hl=es&pg=PP5#v=onepage&q&f=false> (consultado, por última vez, el 5 de diciembre de 2020). Vid. también BÉDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes ou Commentaire de la Loi du 28 mai 1838*, tomo I, 2ª ed., Auguste Durand Libraire, Paris, 1856, p. 71.

para explicar el desapoderamiento del deudor y la sujeción patrimonial al poder de los órganos del concurso⁷²³.

⁷²³ No en cambio en los países de corte anglosajón (EEUU e Inglaterra) que tradicionalmente han previsto la expropiación del patrimonio del deudor, con liberación de las deudas insinuadas en el procedimiento (*discharge*). Para el fundamento histórico, vid. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Cedam, Padova, 1956, pp. 100 y ss.

En EEUU, en el *Bankruptcy Code* de 1978, si se observa en las Secciones 541 y ss. del Subcapítulo III -«The estate»-, del Capítulo V -«Creditors, the debtor, and the estate»-, del Título XI de las leyes federales norteamericanas (Título 11 US Code) se corrobora la existencia de una masa concursal -«the estate»- hacia la que se transfieren los bienes y derechos del deudor que es declarado en quiebra. Esta masa es creada precisamente con su apertura (*order for relief*), ya sea instada por el deudor (*voluntary cases*) o por los acreedores (*involuntary cases*).

Por su significación, conviene destacar el contenido de algunas secciones. Entre otras, la sección 541 -«Property of the estate»-, en su letra a), delimita el contenido de la masa concursal que se crea con el inicio de la causa; mientras que, en su letra b), excluye aquellos otros derechos que quedan fuera de la propiedad de la masa concursal (sic) -una suerte de inembargabilidad-; la sección 542 -«Turnover of property to the estate»-, en la que se establecen reglas para la entrega de la propiedad a la masa concursal -a este respecto, vid. también la sección 521 -«Debtor's duties»-, letra a), (4), en la que se establece la obligación del deudor de entregar la totalidad de la propiedad de la masa concursal-; y la sección 544 -«Trustee as lien creditor and as successor to certain creditors and purchasers»- en la que se dota al síndico de los derechos y atribuciones del deudor y le faculta para anular transferencias de propiedad de este; otras secciones de interés para constatar la transferencia de la propiedad del deudor a la masa concursal se pueden ver en 549, 551, 552 y 554. Como ha señalado DASSO, el *trustee* se erige en una suerte de acreedor ideal sobre el que opera una especie de embargo judicial con preferencia sobre todo derecho de deudor o acreedores (en *Derecho concursal comparado*, tomo I, cit., p. 645). El papel que le es atribuido es esencial: representa al patrimonio, se encarga de su administración y liquidación y ostenta capacidad para accionar y ser accionado. Sobre la cuestión, vid. la aproximación que realiza el referido autor en el trabajo citado -tomo I, pp. 615 y ss.- con las distintas particularidades que presentan los Capítulos VII -*Liquidation*- y XI -*Reorganization*-.

En el sistema inglés, la *Insolvency Act* de 1986 no prevé la inmediata expropiación de la propiedad del deudor suavizando los efectos asociados a la declaración de quiebra que llevaba aparejado el régimen precedente. Así se observa tanto en el procedimiento de *bankruptcy*, para las personas físicas, como en el de *winding-up*, para las personas jurídicas. En el *bankruptcy*, desaparece la *receiving orden*, en virtud de la cual el deudor era privado de las facultades de administración y disposición patrimonial, y la *adjudication order*, que implicaba la pérdida de la propiedad a favor del órgano de administración. A cambio de la primera, se prevén instrumentos de protección patrimonial de distinto signo (v.gr., nulidad de actos realizados por el deudor desde la solicitud de declaración de quiebra hasta la atribución al *trustee* o nombramiento de un *official receiver*); al respecto, vid. sección 284 y ss. Pero se mantiene el traspaso de la masa que se produce con el nombramiento del *trustee* (sección 306). En el *winding-up*, en cambio, este traspaso solo deviene efectivo cuando el tribunal dicta la *vesting order*, a petición del *official receiver* (sección 145.1).

Junto a los anteriores, el ordenamiento concursal brasileño, disciplinado por ley 11.101 de 9 de febrero de 2005, sigue un modelo muy similar al estadounidense. Como en aquel, desde la declaración de quiebra se produce una suerte de ruptura entre los bienes del deudor y los bienes que constituyen la “masa fallida”. Aparecen alusiones a esta última como entidad a la que pertenecen los bienes, escindible del deudor, en los arts. 25, 83.VIII.2º, 84.III y IV, 92, 108, 109, 114, 117, 118, 119.IX, 123, 124, 127, 129, 130, 135, 146, 154.4º, 173, 174, 177 y 192. También en el art. 22.III.n) cuando, en relación a la quiebra, establece la obligación del administrador judicial de representar a la masa fallida en juicio «contratando, se necessário, advogado, cujos honorários serao previamente ajustados e aprovados pelo Comitê de Credores» y el art. 76, en el que se preceptúa que todas las acciones deberán proceder a instancia del administrador judicial, quien deberá ser intimado para representar a la masa fallida, so pena de declararse nulo el proceso. Sin embargo, hemos apreciado cierta incongruencia con aquella ruptura -entre bienes del deudor y bienes de la masa fallida- en algún pasaje de la referida Ley. En particular, resulta de interés el art. 103 relativo al “desapossamento” de los bienes del fallido con desplazamiento de la administración. En este precepto se contempla que, desde la declaración de quiebra o embargo preventivo, el deudor pierde el derecho de administrar sus bienes o disponer de ellos pero, sin embargo, puede fiscalizar la administración de la quiebra, solicitando las providencias necesarias para la conservación de “sus”

Desde luego, en el ordenamiento jurídico español no hallamos soporte legal para defender la existencia de expropiación en cualquiera de las modalidades descritas. Ni en su expresión más ruda, con transmisión de la titularidad de los bienes del deudor a una masa patrimonial transitoria o al poder público, ni en su formulación más suavizada, con la extirpación de la facultad de disposición del derecho de propiedad del deudor y su atribución a los órganos del concurso.

- *Sobre la inexistencia de expropiación del derecho de propiedad del deudor concursado*

En la regulación vigente, la declaración de concurso no priva al deudor del derecho de propiedad de sus bienes. El auto instaura un nuevo régimen jurídico con repercusión en el poder para realizar actos de dominio y administración, e, incluso, con pérdida de la posesión de sus bienes, pero, en ningún caso, priva a aquel de su titularidad dominical.

Ello facilita la comprensión de la institución. Resulta coherente con esta idea que se pueda decretar el régimen de intervención, con atribución de la gestión directa de la masa al deudor, e incluso que se dote a este último de la condición de parte en todas las secciones del concurso (art. 509 TRLC). Igualmente que, cuando se revoque la declaración de concurso, se alcance un convenio con los acreedores o, tras la liquidación, resulte un remanente, no sea necesario restablecer al deudor en su propiedad⁷²⁴, porque, en rigor técnico, los bienes nunca salieron de su órbita dominical⁷²⁵.

Actualmente, sostener que el vaciamiento de la propiedad del deudor justifica la transmisión de sus bienes a un ente provisorio resulta artificioso y, sobre todo,

derechos o de “sus” bienes incautados e intervenir en los procesos en los cuales la masa fallida sea parte o parte interesada. Sorprende que si desde la declaración de quiebra los bienes se integran en la masa fallida, el precepto siga empleando el pronombre posesivo “sus”, al margen de que, como reconoce el propio art. 153, de existir saldo sobrante tras el pago a los acreedores, este se entregue al fallido.

⁷²⁴ En este sentido, respecto al régimen de quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la “Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd.”*, cit., p. 308. En Italia, vid. PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 180 y ss.

⁷²⁵ Admitir lo contrario lleva a resultados inadmisibles. BONELLI, como exponíamos *supra*, resolvía el problema indicando que operaba una suerte de condición resolutoria tácita de manera que, si se alcanzaba el *concordato* o se pagaba a todos los acreedores, los bienes volvían a la masa. Esto es refutado por ANDRIOLI replicando que, si así fuera, los actos realizados por el *curatore* deberían tenerse por no realizados, por cuanto la condición resolutoria tiene, en el Derecho italiano, efectos retroactivos (vid. art. 1976 *Codice Civile*). Ello, lógicamente, aboca a resultados insostenibles. Sobre la cuestión, vid. *Del fallimento...*, cit., pp. 501 y 502, y para la réplica, p. 502, nota al pie 6.

innecesario. Nuestro ordenamiento jurídico contiene ejemplos de titulares de bienes que son privados de las facultades de administración y disposición, sin posibilidad de generación de nuevas obligaciones ejercitables frente a su patrimonio, y, sin embargo, ello no acarrea la pérdida de su propiedad (v.gr., menores o incapacitados)⁷²⁶.

Asimismo, como es imaginable, los argumentos que promovían antaño el sostén de esta ficción⁷²⁷ no se reputan hoy válidos. La evolución doctrinal y legislativa constatan esta realidad.

En primer término, la preferencia en el pago de los créditos contra la masa frente a los créditos anteriores a la declaración de concurso se explica mediante una técnica mucho más pacífica y acorde con el derecho positivo: la prededucibilidad. No es ya necesario crear un sujeto distinto al concursado al que atribuir las deudas de la masa para justificar la prioridad en su satisfacción.

El deudor de los créditos contra la masa es el propio concursado. Su satisfacción se obtiene con los bienes que integran la masa activa (art. 429 TRLC), titularidad de aquel. Y la precedencia de que gozan los referidos créditos atiende a la función que cumplen: enjugar con preferencia los gastos que genera el propio proceso concursal y las nuevas obligaciones que surjan legítimamente durante su desarrollo⁷²⁸.

En nuestro Derecho positivo contamos, además, con titulares de masas patrimoniales separadas sobre cada una de las cuales pesan deudas diferentes (v.gr., posición del heredero que acepta a beneficio de inventario)⁷²⁹, sin que ello justifique el reconocimiento de una distinta titularidad.

⁷²⁶ En igual sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 180, y TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 43.

⁷²⁷ El propio BONELLI reconoce que el ente de liquidación judicial, englobable dentro de las que denomina personas jurídicas provisorias o relativas, tiene una vida puramente jurídica, fuera de la cual no es posible reconocer una existencia sustantiva de ningún orden. Es más, su naturaleza y existencia provisorias se justifican como medio para un fin: constituye un instrumento para satisfacer el interés de los sujetos destinatarios últimos del patrimonio (*Del fallimento...*, cit., p. 508).

⁷²⁸ Como señala BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 84 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1500, de no darse tal preferencia ningún tercero concedería crédito a un deudor concursado; además, como se reputa lógico, a lo que tienen derecho los acreedores del deudor común anteriores a la declaración es a aquello que resulte del procedimiento mismo una vez deducido su coste. Del mismo autor, *in extenso*, *Las deudas de la masa*, cit., passim.

⁷²⁹ Ya de esta opinión FERRARA (SR.), «Patrimoni sotto amministrazione», cit., p. 332. Asimismo, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 181, y TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 43.

En segundo lugar, a lo expuesto y en contra de la doctrina de la personificación de la masa, se añade que el conjunto de bienes y derechos del concursado constituye objeto de la responsabilidad patrimonial, siendo inconcebible que la masa pueda ser, al mismo tiempo, objeto y sujeto de relaciones jurídicas⁷³⁰. En este sentido, resulta excesivo que, en aras a garantizar la satisfacción de los acreedores, se dote de personalidad jurídica a aquella, con extirpación del derecho de propiedad del deudor, con el fin de que opere una transmisión a su favor⁷³¹.

Es claro que el proceso concursal puede cumplir una función expropiativa, pero no porque comience con expropiación alguna, sino porque, en su caso, conduce y desemboca en ella⁷³². La transmisión de la propiedad exclusivamente deviene efectiva cuando concurren los requisitos objetivos y temporales previstos en la Ley (cfr. arts. 205, 206, 209 y ss., 317 y ss., 393 y ss., 415 y ss. TRLC), conservando mientras tanto el deudor la propiedad de sus bienes.

Ni siquiera con el dictado del auto de liquidación (arts. 142 y 143 LC) puede entenderse producida aquella expropiación. La liquidación no tiene por qué comportar el agotamiento del activo y la conclusión del concurso está prevista «en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia» (art. 465.6º TRLC; vid. asimismo apartados 2º, 3º y 7º).

Es más, de reconocer aquella expropiación, con creación de un ente con personalidad jurídica, nos hallaríamos con el problema de articular legalmente, tras la

⁷³⁰ En este sentido, entre otros, FERRARA (SR.), «Patrimoni sotto amministrazione», cit., pp. 332 y 339; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 50; BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 87; y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 181.

⁷³¹ En este sentido, entre otros, FERRARA (SR.), «Patrimoni sotto amministrazione», cit., pp. 331 y ss., y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 182.

⁷³² Respecto a la quiebra, cfr. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 309. Como señalara CERRI, la declaración de quiebra implica una «messa a disposizione per la vendita», una suerte de delegación que implica la formación progresiva del patrimonio hasta su expropiación. Esta formación progresiva se compone distintos elementos -«l'iniziativa, la sentenza dichiarativa, la inventariazione, il decreto di esecutività dello stato passivo»-, y solo tras su realización es posible la expropiación para la enajenación y transmisión del bien a terceros. La expropiación, por tanto, no tiene lugar con la declaración de quiebra sino en un momento posterior, una vez realizadas las actividades encomendadas por la Ley (*Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, cit., p. 30). La declaración de concurso solo lleva consigo la pérdida de la administración y disposición de los bienes, esto es, la indisponibilidad o un efecto de «paralizzamento» (ibídem, p. 23).

clausura del concurso y de existir remanente, el reingreso de los bienes y derechos sobrantes en el patrimonio del deudor. No existe apoyo normativo alguno para justificar ningún tipo de transmisión (ni inicial ni posterior de existir sobrante). A ello se une la intrincada explicación del fenómeno en escenarios de intervención (art. 106.1 TRLC): el deudor perdería la propiedad de sus bienes pero, en cambio, conservaría la posesión y administración de los mismos⁷³³.

Finalmente, debe ser descartada la técnica de la expropiación con creación de un ente transitorio para justificar la eficacia de la actuación del órgano jurisdiccional y la administración concursal sobre los bienes y derechos de la masa. La plena repercusión de la actividad de los órganos del concurso en la esfera jurídica del deudor no precisa de esta radical fórmula para hallar explicación; tampoco el reconocimiento ningún otro tipo de titularidad⁷³⁴.

Como analizamos *infra*, es la potestad pública con que se inviste legalmente al órgano jurisdiccional con carácter previo a la declaración del concurso lo que justifica, cumplidos los presupuestos fijados en la Ley, la sujeción patrimonial a sus fines con inmisión de los órganos habilitados por el Estado en sus relaciones jurídicas⁷³⁵. La posición jurídica de la administración concursal, sustantiva y procesal, descansa así en la *potestas* o en el poder-deber que, tras la designación judicial, es concedido y delimitado por la norma.

⁷³³ Cfr. TIRADO, «Comentario al artículo 76», cit., p. 1361.

⁷³⁴ No obstante, entre la doctrina, localizamos sofisticados ejercicios dirigidos a explicar aquella eficacia y disposición del patrimonio concursal con apoyo no en la titularidad subjetiva sino en la posición jurídica que se ocupa respecto a aquel -sobre esta doctrina, con carácter general, vid. MAIORCA, «Prolegomeni ad una teoria delle strutture del diritto», *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, L. 2 (Diritto civile), Milano, 1975, pp. 1328 y ss.-. Sobre la cuestión, vid. CERRI, *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, cit., pp. 16 y ss., 38 y 43 y ss. Para este autor, la aparición de un patrimonio de destino con la declaración de concurso, titularidad del deudor, cuya disponibilidad adquiere el *Ufficio fallimentare* al fin de satisfacer a los acreedores, lleva consigo una triple titularidad. Frente al “propietario quiescente o reservado” (el deudor), aparece el “propietario virtual o fiduciario” (los acreedores), y, junto a ellos, el *Ufficio fallimentare*, que en tanto dispone de la “propiedad de destino” y está autorizado para su venta legalmente, se halla en un “stato di apparenza di proprietà a destinazione esterna”, “stato di proprietà fiduciaria istituzionale” o “proprietà gestoria”.

⁷³⁵ GUASP, con su tesis, incurre indirectamente en el error del que insistentemente pretende huir en su disertación (el apoderamiento tiene una exclusiva naturaleza procesal y pública, alejada de toda fórmula privatista, *La quiebra de la “Barcelona Traction Light and Power C^o. Ltd”*, cit., pp. 183 y ss.) pues acaba atribuyendo a la declaración de quiebra y a la ocupación (que asimila al embargo ejecutivo) un efecto sustantivo: la pérdida del derecho de propiedad del deudor sobre sus bienes.

- *Sobre la inexistencia de la expropiación de la facultad de disposición del derecho de propiedad del deudor concursado*

La dispar actividad instrumental que despliegan el órgano jurisdiccional y, destacadamente, la administración concursal, y la potestad de que están investidos ambos para realizar actos válidos en la esfera jurídica del deudor, difícilmente puede ser esclarecida con la teoría de la expropiación de la facultad de disposición del derecho subjetivo.

La solución debe considerar tanto el ejercicio de las facultades de administración y disposición por la administración concursal, o, al menos, su control por los órganos del concurso, como la enajenación o transmisión de los bienes de la masa activa, titularidad del deudor, para atender la responsabilidad contraída.

Esta fórmula no agota los complejos y distintos escenarios que el concurso acoge. De partida, técnicamente se reputa muy dudosa la posibilidad de escindir la facultad de disposición del derecho subjetivo mismo⁷³⁶. Es cuestionado doctrinalmente

⁷³⁶ Esta ha sido una cuestión harto discutida en la doctrina. Para una panorámica general sobre las distintas posiciones doctrinales, vid., en Italia, BINNI, voz «Potere di disposizione», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, ed. Utet, Turín, 1957, pp. 450 a 457; en España, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 480 y ss.

Entre los que consideran que la facultad de disposición forma parte del contenido del derecho subjetivo, vid. PUGLIATTI, «Considerazioni sul potere di disposizione», *Rivista di diritto commerciale*, 1940, I, pp. 534, 537 y 540; y en «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», *Studi sulla rappresentanza*, cit., pp. 7 y ss.; LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, ed. Bosch, Barcelona, 1952, pp. 20-26; GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., pp. 305 y 306; AMORÓS GUARDIOLA, «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *Anuario de Derecho Civil*, nº, fasc. 4, 1965, p. 961; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1966, p. 77; SOLCHAGA LOITEGUI, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Aranzadi, Navarra, 1986, p. 69; CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», cit., p. 1464; RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, tecnos, Madrid, 1995, pp. 291 y 292, nota al pie 280; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., p. 497; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán* (trad. RAVÁ), vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 331; y Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 428.

Entre aquellos que entienden que la facultad de disposición es algo extrínseco al derecho subjetivo (para algunos, capacidad jurídica; para otros, capacidad de obrar; finalmente, otros la entienden como potestad autónoma), vid. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, cit., pp. 325 a 330 -*Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. al italiano de LEVI), cit., pp. 319 y 320-; FERRARA (SR.), *Trattato di Diritto civile italiano*, vol. I, parte I, ed. Athenaeum, Roma, 1921, p. 327; y en «I negozi sul patrimonio altrui (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. XXXV, parte prima, 1937, pp. 190 y 199 y ss.; CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», cit., pp. 85 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Cedam, Padova, 1936, pp. 27 y ss., especialmente pp. 37-38; GORLA, «L'atto di disposizione dei diritti», *Studi in memoria di Edoardo Tommasone*, Cedam, Padova, 1937, pp. 9 y 10, nota al pie I; VILLAVICENCIO ARÉVALO, «La facultad de disposición», cit., *passim*; GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», AAVV, *Estudios de Derecho histórico y moderno*, Colegio Notarial de Barcelona. Conferencias del cursillo del año 1947, ed. Revista de Derecho

que el órgano jurisdiccional pueda vender eficazmente los bienes del deudor procediendo previamente a la expropiación de la facultad de disposición que integra el derecho de propiedad sobre aquellos. Parece lógico pensar que, cuando se enajena forzosamente un bien, la expropiación no recae sobre el derecho de disposición sino sobre la propiedad misma del bien transferido⁷³⁷.

Pero, aun admitiendo que tal escisión fuere posible, lo que resulta incuestionable es que la facultad de disposición de que se dota a la administración concursal y al órgano jurisdiccional es muy distinta de aquella estipulada a favor del titular dominical. Si se atiende a la amplitud de la facultad reconocida a uno y otros, se manifiesta evidente tal ausencia de identidad⁷³⁸.

En efecto, frente a la amplísima facultad de disposición de que goza el propietario de un bien «sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 348-I CC), la administración concursal es dotada de una facultad dispositiva sometida a parámetros fijados legalmente cuya observancia es imperativa. Esto es, mientras el titular dominical, como regla general, puede realizar cualesquiera actos de disposición sobre sus bienes (vender, donar, ceder su uso, etc.), la administración concursal en el ejercicio de tal facultad debe atender a los mandatos instaurados en el TRLC (v.gr., arts. 80, 106 y 107, 119 y 120, 111 y ss., y 204 y ss.), sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que un eventual comportamiento *contra legem* pudiera acarrear (arts. 94 y ss. y 100 TRLC).

La realidad está colmada de ejemplos en los que el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto u órgano distinto del titular una facultad de disposición sobre bienes de su patrimonio sin privar a este de su original facultad dispositiva⁷³⁹. Así ocurre, por ejemplo, respecto a los bienes inmuebles embargados y anotados

Privado, Madrid, 1947, p. 29, y en *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 63 y ss.; y CICU/MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., pp. 27 y 28.

⁷³⁷ Para el proceso de ejecución, cfr. CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 86 y 87. Sirviéndonos de otro ejemplo de CARRERAS, es evidente que, cuando se dispone del derecho de arrendamiento del local de negocio, no recae la expropiación sobre el derecho de traspaso sino sobre el derecho de arrendamiento mismo.

Otro argumento válido expuesto por el mismo autor atiende al carácter accesorio de la facultad de disposición sobre el derecho de propiedad. En efecto, si la referida facultad nace y muere con el título de propiedad sobre el mismo derecho no se explica cómo la potestad del órgano jurisdiccional se proyecta sobre el entero patrimonio y no sobre un concreto bien.

⁷³⁸ En este sentido, respecto al régimen de quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º Ltd."*, cit., p. 306.

⁷³⁹ Sobre la cuestión, *ibidem*.

preventivamente en el registro de la propiedad o respecto a los bienes hipotecados. En uno y otro caso, los bienes son transmisibles y pueden ser libremente ejecutados por su titular, más allá de que la afección o carga acompañen a aquellos con la venta.

Ambos argumentos son buena muestra de las limitaciones que presenta la teoría de la expropiación traslativa de la facultad de disposición. Ahora bien, contiguos a los expuestos, concurren otros motivos que coadyuvan a negar validez a la construcción comentada.

De una parte, no posibilita una explicación razonable de la desposesión que, en su caso, puede padecer el deudor tras la declaración de concurso, ni aun menos de la eficacia de los actos que, potencialmente anulables por transgredir las limitaciones impuestas, no resulten impugnados por la administración concursal (art. 109 TRLC)⁷⁴⁰.

De otra, exige notables modulaciones para procurar su adaptación al concurso. En el régimen de suspensión (art. 106.2 TRLC), por cuanto la disposición («enajenar o gravar») se halla sometida a la autorización judicial hasta la aprobación del convenio o aprobación del plan de liquidación (art. 205 TRLC, a salvo los actos del art. 206 TRLC), hemos de reconocer que la facultad, de operar por transmisión, queda condicionada a un nuevo juicio. Ello supone complicar en exceso lo que, por otras vías, como veremos, encuentra fácil solución.

En el régimen de intervención (art. 106.1 TRLC), la teoría se reputa inútil. Deberemos acudir a otra técnica distinta para dilucidar cómo, conservando el deudor la facultad de administración y disposición, precisa de la autorización o consentimiento de la administración concursal para que el acto del deudor despliegue plena eficacia.

Además, en la enajenación o transmisión de los bienes que integran la masa activa, la técnica descrita adolece de notables reparos, idénticos a los que, con las oportunas adaptaciones, podrían ser formulados respecto a la ejecución individual.

En efecto, sobre la base de esta teoría se puede explicar que la venta de los bienes del deudor se lleva a cabo por el órgano jurisdiccional o la administración concursal. Ahora bien, reconocida la facultad del órgano jurisdiccional para, una vez declarado el concurso, expropiar la facultad de disposición del titular sobre los bienes

⁷⁴⁰ Sobre la validez de tales actos y su tratamiento registral, vid. *supra* Capítulo III.

que integran la masa activa, ¿es preciso recurrir a esta facultad privada para justificar la eficacia de los actos del órgano jurisdiccional sobre el patrimonio del deudor?

Como ilustrara CARRERAS respecto a la ejecución individual, con esta teoría no se cae en la cuenta de que se emplea una confusa diferenciación en los poderes o facultades que el órgano jurisdiccional ejercita a lo largo del proceso⁷⁴¹. Con la declaración de concurso, el órgano jurisdiccional gozaría de una potestad para expropiar las facultades de disposición del responsable sobre los bienes que integran la masa activa, y, una vez producida la expropiación, ya no ejercitaría aquella potestad, más amplia y omnicomprendiva de otras facultades, sino la facultad de disposición del deudor que ha sido despojada. Cuestión esta chocante si se advierte que, en aplicación del plan de liquidación aprobado por el juez y las operaciones legales de liquidación (arts. 415 y ss. TRLC), cuando se aprueba el remate, el convenio de realización, la operación de enajenación directa o por entidad especializada, no se emite declaración de voluntad negocial sino una resolución jurisdiccional o acto del letrado de la administración de justicia, sometidos a concretas reglas de procedimiento de Derecho público, en virtud de un poder conferido por la Ley.

En definitiva, se infiere que no hay expropiación y transferencia de la facultad de disposición del deudor, sino, en su caso, privación de esta, y, sin excepción, nueva atribución de facultades dispositivas a los órganos del concurso fundada en título propio⁷⁴².

2.5. La declaración de concurso no impone una sucesión universal subjetiva ni determina la incapacidad del concursado o la limitación de su capacidad de obrar

El fenómeno del desapoderamiento ha llevado consigo la formulación de construcciones doctrinales que fundan su razonamiento en el deudor y en las

⁷⁴¹ Cfr., respecto a la ejecución individual, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 87.

⁷⁴² En este sentido, respecto a la quiebra, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 306. Como señala este autor, cuestión distinta es que, como hace CHIOVENDA al desarrollar su teoría, se entienda el término propiedad en un sentido amplio como pertenencia de cosas o derechos o, incluso, facultades. Siendo así se podría llamar a la privación, expropiación. Ahora bien, «no vale usar una palabra técnica como es expropiación en un sentido tan genérico, para luego reinjertarle el sentido técnico de la expropiación estrictamente dicha» (p. 307).

implicaciones negativas que sobre su persona y estatus se aparejaban a la declaración de insolvencia.

El carácter represivo asociado, hasta tiempo bien recientes, a las normas concursales, y los efectos de estas sobre el deudor, favorecieron la aparición de teorías que justificaban sobre esta base el desapoderamiento del insolvente y la asunción de poderes por los órganos del concurso.

Como veremos, algunas de las teorías formuladas enlazan con las tesis hasta el momento expuestas. Lógicamente, aunque aquellas constituyen objeto de independiente desvelo -procuran explicar el desapoderamiento atendiendo a los efectos de la declaración del concurso sobre el patrimonio concursal, bien con transformación del derecho de los acreedores bien con mutación del derecho del deudor-, se alcanzan puntos de convergencia que evidencian que, por distinto camino, se ha querido utilizar la declaración de insolvencia y la constitución de la nueva situación jurídica concursal para obtener idéntico resultado.

2.5.1. Sobre la inexistencia de sucesión universal subjetiva en el concurso

Las construcciones doctrinales subjetivas formuladas en tiempos pretéritos concebían el desapoderamiento como un fenómeno de sucesión universal. Ya por vislumbrar que la quiebra constituía la muerte civil del deudor, bien por concebir que con aquella el insolvente devenía incapaz -“*interdetto*”-, lo cierto es que operaba una suerte de transmisión general de su patrimonio que, con desigual expresión, según la tesis sostenida, transcurría hacia un sujeto -o ente- distinto del concursado que se erigía en su sucesor.

La teoría de la muerte del deudor, ficticia o civil, acogía el sentir de las regulaciones y doctrina más arcaicas. De controvertida pormenorización, se empleaba el símil de la muerte para evidenciar la marginación que sufría el quebrado, consecuencia de su insolvencia, en la vida jurídica: «*decoctio aequiparatur morti civili*»; «*decoctor pro mortuo habetur*»⁷⁴³.

⁷⁴³ Estas son algunas de las oraciones de la vieja doctrina mercantilista. Entre otros, vid. STRACCHA, *Tractatus de Mercatura, seu mercatore*, Lugduni, 1558, Tertia Pars, pp. 292 y ss. disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=dk1mAAAACAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA292> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017); ANSALDO, vid. *Discursus legales*

La longevidad y éxito de esta tesis radicó, probablemente, en su fácil engaste en las legislaciones e interpretaciones de aquel dilatado periodo: desde la *successio in universum ius* de las figuras propias de Derecho romano -v.gr., en la *bonorum venditio* tras la *missio in bona*⁷⁴⁴- hasta las construcciones propuestas por la doctrina alemana en el siglo XVII⁷⁴⁵ y continuadas durante el siglo XVIII⁷⁴⁶.

de comercio et mercatura, Roma, 1698, discursus XXXVIII, n.º 30-31, p. 152: <https://play.google.com/books/reader?id=XrFDAAAACAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PP15> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017); SCACCIA, *Tractatus de commercio et cambio*, 4ª ed., Colonia, § 2, gloss. V, n.º 329, p. 383 de la edición que citamos; aunque hay otras disponibles, referimos la impresión más moderna (1738): <https://play.google.com/books/reader?id=p7JFAAAAACAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA388> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017); y SALGADO DE SOMOZA, *El Labyrinthus creditorum...*, cit. Otros autores en este sentido, citados por BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 469, nota al pie 1, son DE LUCA, ZANCHI y FIERLI.

La ambigüedad de esta tesis se aprecia, de manera destacada, en la obra de SALGADO. De este modo, hallamos en la Pars I. Cap. XXVIII, entre otros, n.º 3: «Debitor fallitus, aut decoctus mutat statum, pro mortuo habetur»; y n.º 6 y 7: «Debitor concursus causans dicitur decoctus, falitus iam declaratus». Sin embargo, en otros pasajes estudiados del *Labyrinthus*, el autor no parece defender tanto la muerte civil del deudor como su incapacidad para la disposición o venta de sus bienes (Pars I. Cap. XIV. n.º 11: «Debitor pendente concursu, ex sequestro prohibitus alienare nec in emptorem proprietatem, possessionem transfert»). Incluso, en ocasiones, en el *Labyrinthus*, ni siquiera se desprende una incapacidad o inhabilitación total del quebrado. En efecto, si bien esta podía predicarse en el ámbito sustantivo, no parece defenderse igual en sede procesal: el deudor mantenía intacta su capacidad para ejercitar acciones y oponer resistencias. Así se constata en Pars. I. Cap. XIV, entre otros: n.º 46: «Debitor, formato concursu monet omnes acciones, in cum diriguntur»; n.º 47: «Creditores vocati ad concursum principaliter in debitorum acciones dirigunt»; n.º 48: «Debitor, concursu causato acciones an possit movere adversus debitores»; y n.º 56: «Debitor, qui contra se acciones à creditoribus, vel ab aliis moras patitur, codem modo contra alios suas movere potest».

⁷⁴⁴ En la *bonorum venditio*, introducida por la *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), los acreedores se reunían sobre los bienes de su deudor común con el objeto de conservarlos *-rei servandae causa-*. Aquella *bonorum venditio* se iniciaba con la *missio in bona* o *in possessionem bonorum*, en virtud de la cual se embargaba el patrimonio del deudor y se abría un procedimiento pretorio donde los acreedores adquirirían ciertas facultades sobre aquel para su *observatio* y *administración*. En ocasiones se designaba al frente del patrimonio concursal a un *curator bonorum*, órgano cuya misión fundamental consistía en la realización de determinados actos conservativos y de reintegración de aquel. Tras la *missio in bona*, se nombraba a un *magister bonorum*, elegido por mayoría en el seno de la asamblea de los acreedores, encargado de la venta global de los bienes al *emptor bonorum*. Este, fingiendo una *successio in universum ius*, sustituía al deudor, que devenía infame, y se comprometía a pagar las deudas en la medida en que alcanzase el producto de la venta. La inicial institución de la *bonorum venditio*, imperante en un primer tiempo, fue dejando paso progresivamente a la *bonorum distractio*, que durante cierto tiempo se convirtió en la institución más utilizada hasta la *cessio bonorum*, introducida con la *Lex Iulia* del emperador Augusto en el 737 y de gran influencia en el Derecho español. Sobre estas figuras de Derecho romano, entre otros, vid. ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, n.º 7, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1970, pp. 25 y ss.; ZAMBRANA MORAL, *Historia legislativa y doctrinal de la cessio bonorum y de la cesión de bienes*, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 1999, pp. 137 y ss., disponible en <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf> (consultado, por última vez, el 8 de diciembre de 2020); y PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Mira-UAM, Madrid, 2000, *passim*.

⁷⁴⁵ Fundamentalmente MEVIUS, *Decisiones super causis praecipuis ad praedictum Tribunal regium delatis*, 10ª ed., tomo I, 1791, disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=Gnc3AQAAMAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PP7> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017). Así, vid. Pars III (1655), Decisio CCCXXIX, con rúbrica «Ex contractu cum illis inito, quorum bona cedunt creditoribus, his ius ídem est,

Debido a su naturaleza alegórica y poco técnica, apenas avanzó la Ciencia del Derecho se renovó su formulación. Sin un claro deslinde por la imprecisión de sus postulados y sorteado el fenecimiento del deudor para justificar la pérdida de la administración, disposición e, incluso, propiedad de sus bienes, germinaron teorías intermedias que, sin obviar estas consecuencias, concebían al fallido como un incapaz.

Entre estas últimas se observa una progresión. En las nacientes, se consideraba al “*decoctio*” como un enfermo que, habiendo degenerado a un estado de parálisis, consecuencia de la quiebra, quedaba forzosamente estático en sus relaciones jurídicas⁷⁴⁷. Aparecía, entonces, como continuador de aquellas, el “*fallimento*”. En una suerte de patrimonio sin titular -de ahí los incesantes paralelismos con la herencia yacente-, el “*fallimento*” constituía un ente moral que, integrado por todos los bienes y derechos del deudor, era personificado por los síndicos⁷⁴⁸.

quod debitor eiusque liberi fibi quaesiverunt»; Pars IV (1656), Decisio, con rúbrica «Lis cum debitore coepta post bona possessa cum creditoribus peragenda est»; Pars V (1657), Decisio CCLXXXII, con rúbrica «Lis contra eum, cuius nemo vult ese hacres, contra quem et quomodo peragenda fit».

⁷⁴⁶ Entre otros, por LEYSER, PUTTMANN, HOMMEL o STEIN (cfr. BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 469, nota al pie 2).

⁷⁴⁷ En este sentido, DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de Droit Commercial*, 9ª ed., tomo VI, Paris, 1861, pp. 182 a 186, disponible en <https://ia800208.us.archive.org/24/items/traithoriqu06dela/traithoriqu06dela.pdf> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017). La rúbrica del nº 66 (p. 175), que a nosotros interesa, refiere: «L'état du commerçant que vient de frapper un jugement déclaratif, défini par son exacte similitude avec celui d'un homme que vient d'atteindre une certaine maladie *sui generis*; le failli reste privé de toute capacité; il ne peut plus rien faire de valable, et, par suite, aucun de ses créanciers, ni autre, ne peut valablement rien faire avec lui, ni par rapport à lui». En el contenido del nº 66 (pp. 182-184), localizamos algunos pasajes con excesos como: «La loi lui crie: Arrête, et, *sur l'heure, à l'istant, sur-le-champ*, tout mouvement commercial, toute capacité unilatérale ou consensuelle cessent en lui (...) *remanet res infecta*. Plus pour lui de faculté d'agir. Plus même de volonté: c'est un corps inanimé: *Non ha volontà, e si tiene per morto*. Or, fût-il aux extrémités du monde, rien ne peut le soustraire, ni à l'empire de l'art. 440, *statut personnel* qui le suit partout, *tanquam lepra leprosum* (...). Le failli ne peut donc rien dans son état cataleptique; par suite, nul ne peut plus rien faire avec lui ni par rapport à lui, de nature à modifier en rien sa situation active ou passive»; o en el nº 69 (p. 185): «Ce que, par rapport au failli, le mot *faillite* signifiera désormais, c'est son décès commercial».

⁷⁴⁸ Ibidem, p. 185: «la *faillite* est un être moral qui seul représente le failli, comme l'*hérédité seule* représente le défunt dont la succession est vacante, et à laquelle on nomme un curateur pour la personnifier, comme des syndics, nommés d'office pour la masse, personnifient la *faillite*. *La faillite est, à bien des égards, la présuccession vacante du failli*». Sobre esta misma consideración del “*fallimento*” como ente moral, vid. ROCCO, *Dell'uso e autorità delle leggi del Regno delle Due Sicile*, Tipografía del Guttemberg, Napoli, 1837, pp. 229 a 232, Capítulo XXIV, especialmente, p. 229: «Tanto il fallimento, quanto la successione (...) rappresentano una persona morale capace di certi diritti e di certe obbligazioni. L'uno rappresenta il fallito, l'altra il defunto» (texto disponible en https://archive.org/details/bub_gb_3nYZv5ulreEC -consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017-); y BORSARI, *Codice di Commercio del Regno D'Italia annotato*, parte seconda, Torino-Napoli, 1869, p. 781 -también p. 189, nota al pie 3-, disponible en: https://archive.org/details/bub_gb_BRdSwYETDA0C (consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017).

Más discutida fue, en cambio, la consideración de la masa de acreedores como persona moral. En contra de esta catalogación, DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de Droit Commercial*, cit.; así refieren en la rúbrica del nº 72, p. 176: «La masse des créanciers n'est pas une

2.5.2. Sobre la incapacidad o la limitación de la capacidad del concursado

En las teorías venideras se dejaron atrás aquellas construcciones plásticas, que vacilaban entre la muerte ficticia y la incapacidad severa, para dar paso a otras que proponían la incapacidad del fallido en una especie de inhabilitación en su propio interés⁷⁴⁹. En un razonamiento difícilmente sostenible ya entonces, el *curatore del fallimento* devenía, al mismo tiempo, tutor del quebrado⁷⁵⁰.

Estas construcciones doctrinales lacónicamente expuestas tuvieron gran influjo hasta tiempos bien recientes. Lo gráfico de sus propuestas, con cierto trazo de verosimilitud⁷⁵¹, y su cristalización en los textos normativos de aquel período coadyuvó a que así fuera. Nótese que, hasta 2003, en nuestro país, las principales leyes aplicables a las situaciones de insolvencia, en sus dispares procedimientos, se remontaban a los siglos XIX -CCom/1829, CCom/1885, LEC/1881 y CC de 1889- y XX -LSP de 1922-.

Pues bien, junto a la anacrónica ordenación legal regente en España, contribuyeron al sostén de estas tesis dos circunstancias añadidas.

De un lado, una generalizada aceptación social de la ignominia que debía procurarse frente a todo deudor en situación de crisis económica; sentir patrocinado, además, por el tenor literal de aquellas normas. De otro, el entonces fácil recurso a la

société; c'est un consortium forcé, fortuit; sa doublé fin; elle administre dans son propre intérêt; elle est capable de s'obliger et d'obliger envers elle» (su contenido en p. 188). Sobre la “masse” y su no representación de la quiebra, vid. n° 73 y ss. (asimismo, de interés, las apreciaciones contenidas en el n° 77). A favor, en cambio, BORSARI, *Codice di Commercio del Regno D'Italia annotato*, cit., que a pesar de seguir a los referidos autores franceses en varios pasajes de su obra, parece desmarcarse, en este punto, de ellos: «Due persone distinte e principali si sviluppano, a dir così, dalla contingenza del fallimento. L'amministrazione, ossia l'ente morale -fallimento- personificato nei sindaci, surrogato alla persona del debitore per ogni titolo attivo e passivo, destinato a soddisfare i creditori nella misura delle sue forze. La massa dei creditori, riguardati sempre come terzi, mentre agiscono contro il debitore o suoi aventi causa; ma i creditori stessi pigliano qualità di *aventi causa* allorchè esercitano, per surrogazione legale, le azioni del debitore medesimo. In mezzo a tutto questo, il fallito non è decaduto da ogni facoltà giudiziaria, come veniamo a dire» (p. 782).

⁷⁴⁹ Siguiendo a BONELLI, *Del fallimento...*, cit., p. 468, notas al pie 1 y 2, sostuvo esta posición, entre otros, FITTING. Con variantes atenuadas de esta última, otros autores (LUCIANI o FUCHS) referían la existencia de una incapacidad contractual respecto a determinados contratos especificados en la Ley o una incapacidad relativa. En este último sentido, MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, tomo V, Paris, 1846, p. 188: «Quant au failli, son incapacité n'étant pas absolue, mais seulement relative à l'intérêt de ses créanciers»; disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=8ktsE0h5TVIC&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA188> (consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017).

⁷⁵⁰ Una dura crítica a esta formulación puede encontrarse en BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 467 a 469.

⁷⁵¹ Como apuntara PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., p. 397, nota al pie 17: «Teorie però che, pur nella loro ingenuità, colgono nel fenomeno aspetti veri e li rendono in modo plastico: e quindi hanno ancora il pregio di metter in evidenza effetti caratteristici spiegati più razionalmente dalle teorie moderne».

incapacidad que, en tanto aplicable a las personas físicas⁷⁵², permitía predicar ciertos efectos del deudor, deseados por el legislador, sin necesidad de acudir a otras figuras jurídicas -en aquel tiempo probablemente inexistentes-. Ambos motivos, de origen social y práctico, coadyuvaron al soporte de estas posiciones, hoy del todo denostadas, al menos en su expresión más radical.

En España, en aquellos textos, se manejaba el siguiente maremagno terminológico: inhabilitación del quebrado (art. 878.1 CCom/1885), incapacitación del concursado (arts. 1914 CC y 1161 LEC/1881), e intervención del suspenso (art. 6 LSP). Como es lógico, el distinto fin y diseño de estas instituciones llevaba anejo un dispar régimen de administración y disposición patrimonial que exige, para su tratamiento, deslindar las dos primeras de la tercera.

En la quiebra y antiguo concurso de acreedores, pese a que el régimen jurídico previsto para el insolvente engarzaba mal con la incapacidad⁷⁵³, esta concepción

⁷⁵² Aunque es cierto que el concepto de persona jurídica en sentido moderno se desarrolla a lo largo del siglo XIX, fundamentalmente en Alemania, nótese que en aquel tiempo -desde el siglo XVIII y durante el XIX- imperaron las ideas iusnaturalistas sobre el hombre y su posición en el mundo jurídico. Esto es, al tiempo que se articulaban las primeras manifestaciones legislativas de las «personas morales» (vid. el Proyecto de CC español de 1851 -art. 33-; vid. los *Comentarios* de GARCÍA GOYENA al art. 1594) e incluso se dotaba de personalidad a las sociedades (art. 116 CCom/1885), los esquemas explicativos de la referida personalidad exigían el respeto al concepto clásico de derecho subjetivo, ámbito del señorío de la voluntad exclusiva del individuo, y, por tanto, tomaban como punto de partida la existencia de un sujeto capaz de entender y de querer. En palabras de CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, ed. tecnos, 1993 (reimpresión), Madrid, pp. 39 y 40: «el afán iusnaturalista de hacer coincidir la noción de hombre como dato extraído del mundo natural con la noción de persona como dato de carácter exclusivamente jurídico, provoca la formulación de un postulado: todo hombre es persona y no hay más persona verdadera que el hombre. (...) puesto que el hombre es el único ser capaz de entender y de querer, el hombre es el único que puede ser titular de derechos subjetivos y esa es precisamente la nota definitoria del concepto de persona: la capacidad para ser titular de derechos subjetivos». De esta suerte, por cuanto el concepto de personalidad jurídica seguía madurando entre teorías (algunas buscaban justificar su existencia -teorías de la ficción y orgánica- y función -concepciones formalista, normativista o institucional-; otras su negación), entendemos por qué las construcciones entonces formuladas para explicar los efectos de la insolvencia sobre el deudor pivotaban sobre categorías aplicables al concepto de hombre. Sobre las referidas teorías de la personalidad jurídica, vid. CAPILLA RONCERO en el aludido trabajo, pp. 44 y ss.

⁷⁵³ El deudor insolvente conservaba la administración y disposición del patrimonio inembargable (art. 1174.II LEC/1881 con remisión al art. 1449 del mismo texto legal), de tal suerte que la “inhabilitación” del quebrado o “incapacitación” del concursado no alcanzaba a las referidas facultades sobre los bienes comprendidos en aquel. Asimismo podía realizar, en sede concursal, actuaciones diversas; entre otras: impugnar las cuentas presentadas por los síndicos (art. 1364 LEC/1881); ejercitar acciones contra estos por los daños y perjuicios causados a la masa por «fraude, malversación ó negligencia culpable» (art. 1365 LEC/1881); era parte en los procesos relativos a la retroacción de la quiebra (arts. 1366 y ss. LEC/1881); y, en fin, podía plantear y contestar a cualesquiera incidentes que surgieran en el desarrollo de aquellos procesos (v.gr., cuestiones de competencia, acumulación de autos). *A priori*, el panorama descrito mal encaja con una suerte de incapacidad del deudor, al menos si partimos de la idea de que la limitación de capacidad, en tanto que fundada en una condición personal del sujeto, afecta siempre a una esfera completa de un tipo de actos, al margen del patrimonio sobre el que repercutan (sea el patrimonio concursal o el personal); igualmente si se atiende al hecho de que una vez

cristalizó en dogma en la doctrina científica durante los siglos XIX y XX. Ahora bien, con tantas variantes que es controvertido sostener que entroncaran en la misma figura.

La mayor traba hallada en las Leyes y Códigos decimonónicos fue arrastrar un desviado, o al menos confuso, parecer en el fundamento que yacía en las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor. Como un legado del pasado, superada la nota de infamia⁷⁵⁴, un sector de la doctrina concebía aquella inhabilitación del quebrado como una interdicción civil de las recogidas en el art. 922 CCom/1885⁷⁵⁵. Esto es, una suerte

limitado en su capacidad, no convence que el deudor pueda defender, con postulación propia y en defensa de su interés, posiciones procesales independientes, en contra incluso de aquel que hipóticamente le representa (síndico). En palabras de CARRERAS LLANSANA, «La declaración de quiebra», cit., p. 78: «Porque la inhabilitación no es propiamente una hipótesis de incapacidad, el deudor podrá realizar cuantos actos de defensa de sus intereses legítimos estime necesarios, siempre que carezcan de contenido patrimonial». En relación a este alcance de las limitaciones y a las posibilidades de actuación del deudor en la vida civil y en sede procesal, en igual sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1986, p. 40 (pp. 39 y 40 en la 1ª ed., 1974); y respecto a la capacidad procesal, PACHECO GORDILLO, *Capacidad y legitimación. Estudio práctico y doctrinal*, Gráficas Fomento, Barcelona-Madrid, 1953, pp. 124 a 126, si bien este último con expresa mención a la incapacidad.

⁷⁵⁴ Ni siquiera cabe generalizar una misma posición del quebrado a lo largo de los siglos XIX y XX. Las reformas que tuvieron lugar en los textos decimonónicos situaban al quebrado en una distinta posición. Durante la primera mitad del siglo XIX, el peso de la historia y el mantenimiento en algunas ordenanzas consulares de la tradicional nota de infamia llevó consigo que el CCom/1829 heredara parte de aquel carácter infamante. Al menos, así parecía desprenderse de su art. 9 cuando, en relación al ejercicio de la profesión mercantil, disponía: «Tampoco pueden ejercerlo por tacha legal: 1.º Los infames que estén declarados tales por la Ley ó por sentencia judicial ejecutoriada. 2.º Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación». De ser predicada esta infamia (así lo entendió la doctrina, entre otros, POLO DÍEZ Y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de “Barcelona Traction”*, cit., p. 43, y MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, ed. Aranzadi, Madrid, 1993, pp. 67 y ss., especialmente, pp. 87 y ss.), el quebrado perdía «hasta obtener la rehabilitación, todos los derechos de ciudadano; no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor ni curador sino de sus hijos ó descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer el cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército ni armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio, ni cargo público alguno» (art. 74 Código Penal de 1822 disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/03/codigoPenal1822.pdf> -consultado, por última vez, el 21 de abril de 2017-). La abolición de la infamia en el Código Penal de 1848 (art. 23: «La ley no reconoce pena alguna infamante») y su sustitución por la interdicción civil, traspuesta en el art. 13 CCom/1885 (vid. arts. 40 y 41 del Código Penal de 1848, disponible en: <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf> -consultado, por última vez, el 21 de abril de 2017-), llevó consigo una distinta condición para el quebrado que, ya no quedaba privado de todos los derechos del ciudadano, sino: «(...) del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes, y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. (...)». En palabras de MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, p. 98, mientras la infamia afectaba a la capacidad jurídica, la interdicción civil era un caso de incapacidad de obrar. Un excelente repaso, desde la Baja Edad Media hasta la Codificación, del carácter represivo y sancionador de la quiebra y la consecuente nota de infamia para el quebrado, puede verse en MARTÍNEZ FLÓREZ, *Las interdicciones legales del quebrado*, cit., pp. 37 a 113.

⁷⁵⁵ En este sentido, entre otros, con apoyo en Derecho foráneo, GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la “Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd.”*, cit., pp. 296 a 298; RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, ed. Nauta, Barcelona, 1969, pp. 570 y ss. Asimismo, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 35: «Esta inhabilitación se equipara en la Ley a interdicción y, por tanto, a la incapacidad» (idéntica expresión aparece en p. 465 de la edición de 1940); si bien, en otro trabajo, modera este parecer cuando, en relación al interdictado, señala: «La declaración de quiebra, más que una incapacidad en el quebrado, le acarrea una inhabilitación para la administración de sus bienes (...). La mención especial del interdicto y el quebrado y la equiparación de ambos desde el

de sanción a la mala administración y, a la vez, una medida de seguridad ante cualquier salida fraudulenta del patrimonio del deudor que exigía su inhabilitación *-rectius* incapacidad⁷⁵⁶ -.

El yerro de esta tesis, como ha destacado doctrina autorizada, recayó, fundamentalmente, en pretender aunar bajo un fundamento común el conjunto de limitaciones que sufría el deudor insolvente, obviando la complejidad de la quiebra y las distintas finalidades que, desde sus orígenes, en su seno albergaba⁷⁵⁷.

Y es que, en puridad, bajo la aparente comunión de los efectos anudados a la declaración de quiebra subyacía una dispar razón de ser entre los efectos estrictamente

punto de vista de la incapacidad tiene quizá por única causa la imitación del Código de 1829» (*Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1947, p. 331). Sin embargo, los principales tratadistas del siglo XIX, bajo la vigencia del CCom/1829 y ya realizada la sustitución de la infamia por la interdicción civil con el Código Penal de 1848, separaron de manera nítida y unánime “inhabilitación” e interdicción; así puede constatarse en: GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, cit., p. 27, en nota al pie; MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, cit., p. 506, nota al pie (a); VICENTE Y CARAVANTES, *Código de Comercio extractado*, 4ª ed., Imprenta de D. S. Omaña, Madrid, 1850, p. 387, nota al pie (b); GÓMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCÍA, *Código de comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado*, 6ª ed., Madrid, 1875, pp. 403 y 404, nota al pie 7, en palabras de este último: «No es esta inhabilitación la interdicción civil, porque deja al que sufre capacidad para los efectos civiles. Al contrario, se limita solo á la administración de sus bienes y no alcanza á los actos de la vida civil, y menos que á ningunos, á los que se refieren á su condición en la familia».

⁷⁵⁶ En este sentido, debemos apuntar, como advierte MARTÍNEZ FLÓREZ -entre otros trabajos en «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., pp. 87 y 88, nota al pie 39-, que el término inhabilitación empleado por el CCom, clásicamente, ha respondido a distintos conceptos: incapacidad, sanción para el ejercicio de profesión o función determinada, circunstancias varias que impiden actuar en determinado ámbito o, incluso, a cosas para referir su ineptitud para determinado uso. En el caso de la quiebra, el término “inhabilitación” del art. 878.I CCom/1885, siguiendo el parecer de la referida autora y con apoyo en los argumentos por ella expuestos, fue empleado como sinónimo de “incapacitación” (sic) *-rectius*, incapacidad-.

⁷⁵⁷ Por todos, son destacables en esta materia las aportaciones de MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., *passim*, entre otros, pp. 111 y ss., 236 y ss., 294 y ss., 788 y ss.; *Las interdicciones legales del quebrado*, cit., especialmente, pp. 23 y ss.; y «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., pp. 82 y ss. y 91 y ss. Como refiere la autora: «(...) una consideración más atenta de la cuestión pone de manifiesto que ni todas las limitaciones obedecen a la misma *ratio*, ni, en consecuencia, pueden ser reconducidas a una única institución jurídica. Es preciso tener en cuenta, en efecto, que, desde sus orígenes, la quiebra ha perseguido diversas finalidades: la satisfacción de los acreedores concursales del quebrado, mediante la liquidación colectiva de su patrimonio; la sanción de la conducta del deudor insolvente, y la protección de los terceros frente al riesgo de un comportamiento inadecuado. Pues bien, mientras algunas limitaciones son expresión de las exigencias de satisfacción de los acreedores, otras responden a la idea de sancionar al quebrado y otras, en fin, tratan sólo de proteger a los terceros frente a la conducta de un sujeto que ha revelado con la insolvencia su inidoneidad para la gestión. Ello obliga a separar las *restricciones que están dirigidas a garantizar y facilitar directamente la satisfacción de los acreedores concursales*, que se concretan fundamentalmente en lo que el artículo 878.I del Código de comercio denomina *inhabilitación para la administración de los bienes*, de las que cumplen otras finalidades, tales como la *sanción del quebrado* y la *protección de los terceros*, a las que el artículo 922 del mismo cuerpo legal califica genéricamente como *interdicciones legales*. (...)» (p. 25 de la segunda de las obras referidas -sobre esta distinción, vid. hasta p. 36-; con un tenor casi idéntico, vid. pp. 111 y ss. del primer trabajo indicado, y muy similar en pp. 95 y 96 del tercero de los apuntados). Este sentir parece desprenderse también en POLO DÍEZ Y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de “Barcelona Traction”*, cit., p. 45.

patrimoniales, plasmados en la referida “inhabilitación” y dirigidos a la satisfacción de los acreedores, y los efectos personales, concretados en las interdicciones legales y con un propósito sancionatorio y/o de protección de terceros⁷⁵⁸.

Sorteado este óbice, era generalmente admitido, incluso entre aquellos que incurrían en el referido extravío, que las restricciones a las facultades de administración y disposición patrimoniales del deudor se destinaban a garantizar la protección de los acreedores frente a eventuales mermas de la masa concursal⁷⁵⁹.

Con uno u otro fundamento, lo cierto es que las antedichas limitaciones patrimoniales hallaron apoyo en la institución de la capacidad. Entre las distintas formulaciones propuestas⁷⁶⁰, el deudor padecía una situación equiparable a la incapacidad⁷⁶¹, una incapacidad relativa o atenuada⁷⁶², una cuasi-incapacitación⁷⁶³, una

⁷⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 788 y ss. y *Las interdicciones legales del quebrado*, cit., pp. 26 y ss. Como se constata en ambos trabajos, las referidas interdicciones legales podían ir dirigidas al ejercicio de funciones y facultades de carácter privado (v.gr., para ejercer el comercio ex art. 13.2º CCom/1885 o ser administrador de patrimonios ajenos) o público (v.gr. acceso a determinadas funciones públicas -notaría o registro- o ser parte en determinados contratos administrativos). Sobre la naturaleza jurídica de estas interdicciones (tendente a instituciones propias del Derecho penal) y su tipología, vid. pp. 115 y ss. del último trabajo indicado.

⁷⁵⁹ Así lo hacen, entre otros, DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, nº 33, 1980, p. 74 (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=C_1980_ANUARIO_DE_DERECH_O_CIVIL -consultado, por última vez, el 21 de abril de 2017-), y, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., pp. 34 y 35.

⁷⁶⁰ Para un detallado recorrido por estas formulaciones, con una amplia recopilación bibliográfica y jurisprudencial, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., pp. 74 y ss. y 89 y ss.

⁷⁶¹ En España, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, tomo I, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1954, p. 432, en nota al pie 2 habla de «incapacidad dispositiva (...) y esta incapacidad se retrotrae a la fecha que el Juez haya fijado, de suerte que el quebrado se reputa que fué incapaz en aquella fecha de retroacción, y después, y por tanto, los actos dispositivos o de gestión otorgados por él a partir de tal fecha, se consideran otorgados por un incapaz y por tanto son nulos»; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 23ª ed., McGrawHill, Madrid, 2000, p. 80 -«el quebrado sufre una situación de inhabilitación que se asemeja a la incapacidad, pero no se confunde con ella. Porque el quebrado se halla relativamente en una situación jurídica peor que el incapacitado, en un doble sentido: a) los actos que realiza no son simplemente anulables como los del incapacitado, sino nulos; b) no puede continuar el ejercicio de la empresa por medio de un representante (según el art. 5.º del C. de c.), sino dentro de los estrechos límites del procedimiento de quiebra (en el que los síndicos aparecen como representantes de los acreedores)»- y en volumen II, 23ª ed., McGrawHill, Madrid, 2000, pp. 442 a 444, especialmente, p. 443; y GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 41 y ss., si bien habla de limitación de capacidad en los supuestos en los que el convenio prevea la posibilidad de realizar actos dispositivos.

En Italia, por todos, ANDRIOLI, «Fallimento (diritto privato e processuale)», cit., epígrafe 49, pp. 78 y 79, edición digital (www.iusexplorer.it); en este sentido, asimismo, BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Giuffrè, Milano, 1974, passim, entre otras, pp. 9, 17 y ss.

En la jurisprudencia española, vid. las STS de 13 de febrero de 1960 (nº 90) [*Jurisprudencia Civil*, tomo 85, enero, primera serie, Colección legislativa de España. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 371 a 390] que emplea el término incapacidad; STS (Sala 1ª) de 13

de julio de 1984 (vlex-77548155) que habla de incapacitación del quebrado; STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 1987 (RJ 1987, 2722); STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7409); y STS de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8607). Otros pronunciamientos refieren, respecto al quebrado, «la extinción de la personalidad jurídica del quebrado, para la administración de todos sus bienes» -entre otras, la STS de 17 de febrero de 1909 [*Jurisprudencia Civil*, tomo 113 (1º de 1909), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1910, pp. 617 a 625]; STS de 17 de marzo de 1910 [*Jurisprudencia Civil*, tomo 117 (1º de 1910), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1912, pp. 471 a 476]; y la STS de 13 de mayo de 1927 [III *Jurisprudencia Civil*, tomo 175 (3º de 1927), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929, pp. 186 a 194]-.

⁷⁶² En este sentido, entre otros: implícitamente, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, cit., p. 27, en nota al pie; MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, cit., p. 506, especialmente, nota al pie (a); VICENTE Y CARAVANTES, *Código de Comercio extractado*, cit., p. 387: «El estado de quiebra hace al comerciante incapaz de ejercer ciertas funciones políticas y aun comerciales» y en nota al pie (b): «Esta inhibición tiene por objeto asegurar a los acreedores su pago y conservar los bienes del quebrado hasta que se tomen las medidas convenientes al interés comun. (...) No debe confundirse con la interdicción legal, pues que dicha inhibición solo ataca los bienes, y la interdicción quita á la misma persona toda capacidad civil; de suerte que el deudor inhibido de la administración queda hábil para ejercer todos los actos que no dependan de esta administración»; GÓMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCÍA, *Código de comercio...*, cit., pp. 403 y 404, nota al pie 7; PACHECO GORDILLO, *Capacidad y legitimación. Estudio práctico y doctrinal*, cit., pp. 124 a 126: «la incapacidad producida por su anómala situación afectaba únicamente a las acciones de carácter patrimonial, pues en las que no ofrecen tal carácter tienen sin limitación capacidad procesal» -pp. 124 y 125-; DE LA PLAZA NAVARRO, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, 3ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pp. 272 y 273: «su incapacidad afecta sustancialmente a la disposición de sus bienes, según los términos en que están concebidos los arts. 1914 del C.c. y 878 del C. de C.; y por lo mismo, no es presumible que, por su sola virtud, haya querido privárseles de la facultad de comparecer en juicio, cuando se trate de la defensa de derecho de naturaleza no patrimonial, o del cumplimiento de deberes de la misma índole. Sólo en ese sentido puede hablarse de una *interdicción legal* del quebrado (art. 922, C. c.) y de la *extinción de su personalidad jurídica* para la administración de sus bienes» -p. 272-; GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Tracción, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 297; VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1955, I, pp. 79 a 82, con importante apoyo jurisprudencial; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Derecho concursal...*, cit., p. 40: «Su interdicción afecta únicamente al negocio mercantil en sí, no a otros aspectos y relaciones de la vida civil; y respecto del proceso de quiebra, se le reconocen una serie de derechos y de oportunidades de actuación e impugnación»; RAMÍREZ, *La quiebra*, tomo II, 2ª ed., cit., pp. 827 a 836 y, respecto a la capacidad procesal, con acopio doctrinal y jurisprudencial, pp. 848 a 866; como un «caso especial» dentro de la capacidad de obrar, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 214. En la jurisprudencia española, vid. STS de 28 de junio de 1898 [*Jurisprudencia Civil*, tomo 84 (2º de 1898), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1898, pp. 623 a 630]; STS de 3 de octubre de 1901 [*Jurisprudencia Civil*, tomo 92 (2º de 1901), junio a diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1902, pp. 211 a 215]; STS de 13 de mayo de 1927 [III *Jurisprudencia Civil*, tomo 175 (3º de 1927), 1929, pp. 186 a 194]; y STS de 20 de noviembre de 1928 [*Jurisprudencia Civil*, tomo 186 (7º de 1928), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, ed. Reus, 1930, pp. 200 a 224].

⁷⁶³ En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, vol. II, ed. Aranzadi-Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 364: «se podrá, si se quiere, hablar de cuasi-incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación; se origina, sencillamente, la retirada del poder de administrar aquella parte del patrimonio que constituye la masa del concurso o quiebra. Restricción de capacidad creada en beneficio de los acreedores»; y BROSETA PONS, *Manual de Derecho mercantil*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 708: «su verdadera situación personal se asemeja a una cuasi-incapacitación que le produce una profunda modificación de su capacidad de obrar». En la jurisprudencia, entre otras, vid. la STS de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 2629), si bien su empleo no parece atender a razones técnicas sino que procura, por el contrario, hallar una fórmula descriptiva de la especial situación jurídica en la que se encuentra el deudor declarado en quiebra. Así se desprende cuando, después de afrontar la

modificación o restricción de la capacidad de obrar o de la capacidad procesal⁷⁶⁴, e, incluso, traspasando los límites de la esfera privada, una mutación en su *status* o estado civil⁷⁶⁵.

compleja naturaleza jurídica del quebrado, apunta: «lo que determina que pueda, si se quiere, hablarse de cuasi-incapacitación, pero no hay cambio de estado civil ni verdadera incapacitación».

⁷⁶⁴ Junto a los autores enunciados en la nota al pie anterior -lo que constituye buena prueba del difícil deslinde entre unas y otras denominaciones-, se decantan por esta calificación, entre otros, OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, ed. Montecorvo, Madrid, 1963, pp. 115 y 116; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, cit., pp. 63 a 65, con expresa exclusión de que nos encontremos ante una prohibición legal o de disponer (pp. 61 y 63) o ante un supuesto de incapacidad (pp. 62 y ss.), habla de modificación o restricción de la capacidad de disposición; y CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, cit., pp. 196 y ss., especialmente, p. 197. En la jurisprudencia, entre otras, vid. STS de 3 de octubre de 1901 [Jurisprudencia Civil, tomo 92 (2º de 1901), junio a diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1902, pp. 211 a 215]; STS de 27 de marzo de 1931 [III Jurisprudencia Civil, tomo 199 (2º de 1931), marzo y abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 367 a 382] que refería la carencia «de personalidad para ejercitar ante los Tribunales acciones referentes a las mencionadas administración y disposición de sus bienes»; STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1952 (RJ 1952, 2833); STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 2629): nada impide «que al quebrado se le reconozca capacidad procesal para el ejercicio de los derechos no afectados por esa limitación de su poder patrimonial»; STS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914), si bien en relación a la capacidad para ser parte: «la inhabilitación en que se encuentra el quebrado para la administración de sus bienes (art. 878.1 del Código de Comercio) y que, desde luego, le priva de capacidad para comparecer en juicio con relación a dichos bienes, no le incapacita, sin embargo, para poder ser sujeto pasivo, destinatario o receptor de una demanda dirigida contra él mismo» (*a sensu contrario*, la capacidad procesal del deudor se mantiene intacta para aquellos bienes no incluidos en el patrimonio concursal); y STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4002); STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2926). La Propuesta de Proyecto de Ley Concursal de 1995 emplea esta técnica al distinguir entre supuestos de limitación de la capacidad de obrar del deudor y supuestos de suspensión de tal capacidad (vid. nota al pie 795).

En contra de que la declaración de quiebra o concurso lleve aparejada limitación de capacidad alguna, GUASP DELGADO, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 181, para quien lo que en rigor se produce es una pérdida de la legitimación procesal para litigar sobre sus bienes, puesto que el concursado o quebrado puede comparecer en juicio, dentro del concurso o quiebra, para defender sus derechos, y, fuera de él, para actuar en litigios que no guarden relación con los intereses patrimoniales sometidos a ejecución colectiva.

⁷⁶⁵ Con distintos matices, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 178, y VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 92: «suffren inhabilitación aquellas personas que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio o ser comerciantes, se hallan en un estado civil que les impide el ejercicio del comercio (...). Esta situación se suele afirmar de los quebrados no rehabilitados y de los concursados, mientras dure el procedimiento del concurso (cfr. art. 13, párrafos 1 y 2 del Código de comercio). Evidentemente, los quebrados y concursados no son incapaces: no figuran mencionados en el art. 1.263 del C. civil entre quienes “no pueden prestar consentimiento”. Sin embargo, parece necesario reconducir o equiparar en la práctica esta categoría jurídica de inhabilitación para el ejercicio del comercio a la pura y simple incapacidad para ejercerlo, en la medida en que estas personas no disfrutan de la libre disponibilidad de sus bienes (...)».

En Italia, por todos, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1951, p. 178; también empleado, en sentido amplio, por RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 3ª ed. (reimpresión), Jovene editore, Napoli, 1977, p. 137. En contra, con expresa referencia a Carnelutti, AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo I, cit., pp. 323 y 324; igualmente en contra, PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 177. En Italia, el concurso fue considerado un asunto «sullo stato delle persone», sobre todo a nivel jurisprudencial, para justificar la suspensión del proceso penal por delito de “bancarotta” hasta que deviniera firme la declaración judicial de “fallito”. En la actualidad, todavía podemos encontrar, en la doctrina italiana, referencias al “*status* di

El deslinde entre unas y otras teorías resultaba -y resulta- tarea harto compleja y, quizás, un empeño inalcanzable; pero obviado este debate, secundario al objeto de nuestra investigación, conviene subrayar la primacía de una nota común en todas aquellas tesis: el recurso a la capacidad -y a la incapacidad- se empleó, de manera muy mayoritaria, promocionando un concepto que pivotaba sobre el resultado de la limitación patrimonial impuesta, obviando el origen de su dictado.

Un importante avance en la desafección respecto a la tesis de la incapacidad vino de la mano de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Desde entonces, la incapacitación solo puede ser declarada judicialmente en virtud de una incapacidad natural de la persona, discriminando, por tanto, aquellos otros supuestos en los que la incapacitación procedía por voluntad de la Ley.

Lejos de la técnica dispuesta por el codificador de 1889, el legislador de 1983 diseñó un régimen abierto de concreción judicial en el art. 200 CC: «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma»⁷⁶⁶; de esta manera, solo en quienes

fallito” si bien como una fórmula poco técnica para describir la situación general del deudor insolvente; de este parecer, entre otros, PAJARDI/PALUCHOWSKY, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., p. 248, y NIGRO Y VATERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 126. Sobre la cuestión, con acopio doctrinal y jurisprudencial, a favor y en contra, en el país ítalo, vid. TESCARO/ZACCARIA, «Commentario all’articolo 42», cit., pp. 259 y 260; en España, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 264 y ss. y en «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., pp. 84 a 86 y 99 a 102.

En la jurisprudencia española, de interés, la STS de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 2629): «la situación de quebrado no rehabilitado es una especial condición jurídica que se explica por la “ratio iuris” de esta particular incapacitación, en cuanto que nacida la quiebra para proteger a los acreedores de un deudor insolvente funciona despojando al quebrado de la administración de su patrimonio, convirtiendo a éste en un patrimonio en liquidación, que aunque pueda afectar a todas las relaciones de tipo patrimonial del afectado por la mencionada situación de quiebra (...) aun siendo muy importante en orden a la situación del patrimonio sobre la condición de la persona no tiene el alcance de producir un cambio del estado civil del quebrado, ni para generar una verdadera o completa incapacitación patrimonial, dado que no pierde su independencia personal, y ni siquiera en la esfera patrimonial, no creándose una situación firme, con la premisa propia del estado civil, ya que su subsistencia, en definitiva, depende de la voluntad de los interesados, que pueden terminarla por convenio, y carece de la nota de orden público, estando entregada a la discreción de los acreedores reconocidos, en cuyo beneficio se crea».

⁷⁶⁶ Una revisión del *iter* parlamentario del art. 200 en el Proyecto de Ley de 1983, de las distintas redacciones que se barajaron y de las enmiendas planteadas puede verse en CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 57 y ss. Como afirma el referido autor, conviene tener presente, respecto a la anterior redacción del art. 200 CC, que: «aunque el texto actual contiene una formulación general más amplia en cuanto a las enfermedades y deficiencias, es a la vez más restrictivo, pues suprime otros supuestos contemplados durante casi un siglo en dicho precepto: la prodigalidad y la interdicción civil ya no son causas de incapacitación *stricto sensu*» (p. 61). Y es que nótese que la interdicción civil, como pena accesoria, fue suprimida por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal y por Ley 6/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecaria, de

concurran tales circunstancias procederá una eventual incapacitación en virtud de sentencia judicial que así lo disponga (cfr. art. 199 CC; vid. también arts. 759 y 760 LEC)⁷⁶⁷. Es destacable observar que el deudor insolvente no se halla incurso en ninguna de aquellas causas⁷⁶⁸.

Pero junto a la tesis mayoritaria, conviene destacar otro sector de la doctrina que, secundando una tendencia de desmarque respecto a las tesis de la incapacidad, atisban en la “inhabilitación” del quebrado o “incapacitación” del concursado una suerte de limitación objetiva afecta a los bienes comprendidos en el patrimonio concursal y destinados a garantizar el pago a sus acreedores.

Con apoyo en esta idea, algunos autores advierten en el deudor la concurrencia de una prohibición legal personal o judicial⁷⁶⁹, una prohibición de administrar y

Enjuiciamiento Criminal y de Régimen jurídico de las Sociedades Anónimas, sobre interdicción. Sobre el actual art. 200 CC, vid. la exégesis realizada en el mismo trabajo, pp. 62 y ss.

⁷⁶⁷ El tenor del art. 199 CC es claro: «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley»; y causas son las recogidas en el art. 200 CC.

⁷⁶⁸ Actualmente se halla en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, de 25 de marzo de 2021, nº 27-4, pp. 1 a 59). Este Proyecto prevé la modificación de distintos preceptos de la legislación sustantiva y procesal, entre ellos, los aludidos arts. 199 y 200 CC y 759 y 760. Se busca con ello adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En palabras de su preámbulo (III): «El Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, de suerte que el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacidad de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que (...) es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones». Dado el avanzado estado de tramitación parlamentaria, el referido Proyecto de Ley tiene visos de prosperar, lo que reforzaría la tesis que en páginas sucesivas ofrecemos.

⁷⁶⁹ En este sentido, RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., pp. 243, 293, 294 y 297. Como ha señalado este autor, en protección de intereses económicos legítimos distintos a los del titular, el ordenamiento jurídico contempla normas limitativas de la subjetividad activa. Entre las que denomina prohibiciones *personales* o judiciales (en contraposición a las contractuales o legales stricto sensu), ubica la prodigalidad y la “incapacitación” del antiguo concurso de acreedores (art. 1914 CC). En ambos casos, las prohibiciones afectan, total o parcialmente, al ejercicio de las facultades dispositivas de un sujeto en aras a garantizar la protección y conservación de los créditos (alimenticios o de la masa pasiva del concurso) que, sobre el patrimonio del sujeto, ostentan otras personas favorecidas por la ley. En estos supuestos, el modo y la causa del efecto, aun afectando a la subjetividad activa de una persona, difiere mucho de las situaciones verdaderamente reconducibles, desde el punto de vista técnico, a la incapacidad. Sobre la cuestión, vid. *infra* el epígrafe “Las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial como prohibiciones legales de administrar y disponer” de este Capítulo.

En la jurisprudencia, en esta dirección, vid. la STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8503): «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes: no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal»; en idénticos términos, las SSTS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2000 (RJ 2000, 4408), 610/2000, de 14 de junio (Roj: STS 4895/2000) y 91/2001, 8 de febrero (Roj: STS 812/2001); y, en muy similares, la STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7229). Igualmente de interés, la STS de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 2629): «la normativa del núm. 2º del art. 13 del CCom, al prevenir que no podrán ejercer el comercio, ni tener cargo

disponer⁷⁷⁰, una privación de administración y disponer⁷⁷¹, o, en fin, una restricción temporal de sus facultades jurídico-patrimoniales en beneficio de los acreedores⁷⁷².

La suspensión de pagos y su modelo de desapoderamiento no generó tan intensa polémica. Ello, sin embargo, no determinó una común posición en doctrina y jurisprudencia.

La doctrina reputó, con alguna contada excepción⁷⁷³, que el suspenso sufría una limitación en su capacidad de obrar⁷⁷⁴; afección, por el contrario, no compartida por un

ni intervención directa administrativa o económica en Compañías mercantiles o industriales, los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido rehabilitación o estén autorizados, en virtud de un convenio aceptado en Junta General de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar al frente de su establecimiento, entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio, lo que determina jurídicamente es no estado de incapacidad, sino de mera prohibición (...) lo que produce que los actos realizados por los incompatibles son eficaces dado que la prohibición legal desenvuelve su efectividad no por el cauce de la nulidad del acto, sino por el de las sanciones penales o reglamentarias impuestas al contraventor».

⁷⁷⁰ De esta opinión, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 293 y ss., especialmente, p. 347. También de interés pp. 272 y ss. y sus consideraciones en torno a la capacidad del quebrado.

Aunque reconociendo una suerte de *capitis diminutio* o reducción de la capacidad consecuencia del sistema de inhabilitación, concluye GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 37: «Aun violentando ciertamente la interpretación literal de nuestro Código, sería también acertado entre nosotros sustituir el criterio *personal y absoluto* de la inhabilitación por el criterio *real y relativo* de la prohibición de disponer», en alusión al sistema alemán que impone un sistema de limitación puramente real (pp. 34 y 35). Con dudas, especialmente respecto al quebrado, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 35 y 36.

⁷⁷¹ De este modo, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario* (con HERCE QUEMADA), vol. I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pp. 141 y 142.

⁷⁷² En este sentido, LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial*, 21ª ed., tecnos, 2015, p. 128.

⁷⁷³ Al respecto, señalaba OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, cit., p. 118: «en el caso del suspenso no existe ningún problema de capacidad, sino simple limitación real en función de los fines que el procedimiento tiende a cumplir». No comparte tal opinión BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, cit., p. 178, para quien la declaración de suspensión de pagos, como la de quiebra y concurso de acreedores, afecta al estado civil del deudor. Junto a los arts. 5 y 6 LSP, para el suspenso, y arts. 878 CCom/1885 y 1915 CC, para quebrado y concursado, aduce BERCOVITZ la inclusión de aquellas situaciones, junto a las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas, en el art. 1.5º de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil; norma en la actualidad vigente. Así, señala el precepto: «En el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley. Constituyen, por tanto, su objeto: 1.5.º Las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que éstas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos».

⁷⁷⁴ En este sentido, entre otros, FERRER MARTÍN, «La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1961, p. 85; SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1974, pp. 421 a 425; GALLEGO SÁNCHEZ, *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 377 y 378; y CORDÓN MORENO, *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, cit., pp. 78 a 81. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 41 y 42, habla incluso de incapacidad, salvo durante el convenio y siempre que se le reconozca capacidad para realizar actos dispositivos.

amplio sector de la jurisprudencia que abogaba por entender que aquella capacidad permanecía intacta⁷⁷⁵.

En la actualidad, no resulta chocante que todavía, vistos estos antecedentes, se erijan voces doctrinales que apunten a la capacidad del deudor para explicar el fenómeno del desapoderamiento⁷⁷⁶. Tampoco que algunos ordenamientos jurídicos extranjeros sigan acudiendo a tal categoría, reconociendo expresamente limitaciones en la capacidad del deudor⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ Entre otras, vid. la STS (Sala 1ª) de 5 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2030]; la STS (Sala 1ª) de 19 de abril de 1993 [RJ 1993, 2890] que reconocía que el deudor en la suspensión de pagos «conserva intacta su capacidad de obrar»; la STS (Sala 1ª) de 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8787] que declaraba, asimismo, que «la suspensión de pagos, a diferencia de lo que ocurre con el concurso y con la quiebra -arts. 1914 del Código Civil y 878 del CCom/1885, respectivamente-, no priva al suspenso de la administración de sus bienes y gerencia de sus negocios -art. 6 LSP- conservando su capacidad de obrar, aunque haya de contar con el concurso de los interventores para determinadas operaciones»; la STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7235] que aseveraba que «a través del expediente de suspensión de pagos se pretende llegar a un convenio entre el deudor y sus acreedores que permita al primero la liquidación de sus deudas, por lo que no se hace necesaria declaración alguna de incapacidad del suspenso»; la STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9148] que señalaba que «la declaración de suspensión de pagos no produce limitación alguna de la capacidad jurídica del suspenso»; la STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8133); la STS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 6647) -si bien sorprende que estas tres últimas resoluciones hagan alusión a la capacidad jurídica y no a la capacidad de obrar; cuestión esta que achacamos a una confusión-. En este sentido se pronuncian las SSTs de 22 de abril de 1987 (RJ 1987, 2722), de 11 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7409), de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8607) y de 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 884). La primera de estas cuatro últimas sentencias, de contenido casi idéntico, dispone, con alusión a otras resoluciones previas del Alto Tribunal: «la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el Juez estime convenientes y siempre contando con el concurso de los interventores para determinadas operaciones, lo que lleva consigo la posibilidad de que, aun después de surgida tal situación, sean entablados juicios ordinarios contra el suspenso (...) a lo que ha de añadirse (...) que los actos del suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que crearían es la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores ejercitasen las correspondientes acciones legales en orden a la ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales, pues, (...) no se da aquí, como ocurre en la quiebra, una inhabilitación equiparable a la incapacidad (artículo 878 del Código de Comercio), sino una actuación de los interventores similar a una “auctoritas interpositio”».

En cualquier caso, conviene advertir que algunos pronunciamientos jurisdiccionales establecían que «aquél conserva intacta su capacidad de obrar (...) pero no es plenamente libre, sino que con operatividad controlada, a fin de procurar tanto, en su propio interés como en el de los acreedores y mientras se halle sujeto al procedimiento, la mejor positivación económica y rentabilidad de los bienes que efectivamente posea, para así atender de manera lo más eficaz posible a las deudas contraídas, lo que quiere decir que dicha posesión ha de ser de disponibilidad efectiva y de posible realización» -STS (Sala 1ª) de 19 de abril de 1993 [RJ 1993, 2890]-.

⁷⁷⁶ Vid. los autores citados *infra*.

⁷⁷⁷ De este modo sucede en México, donde la Ley de Concursos Mercantiles de 2000, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo y estructurada en dos “etapas”, conciliación y quiebra (art. 2), dispone para la segunda (art. 169): «La sentencia de declaración de quiebra deberá contener: I. La declaración de que se suspende la capacidad de ejercicio del Comerciante sobre bienes y derechos que integran la masa, salvo que esta suspensión se haya decretado con anterioridad. (...)». Esto es, en la etapa de conciliación, es posible igualmente suspender la referida capacidad excepcionando la regla general de conservación de la administración por el comerciante (art. 74). Así, con la remoción del comerciante de la

De hecho, el TRLC, de manera novedosa⁷⁷⁸, alude a la capacidad de obrar del concursado con ocasión de las medidas limitativas o prohibitivas establecidas en el convenio (art. 558.2 TRLC). Sobre su oportunidad y rigor técnico, nos pronunciaremos seguidamente.

2.5.3. La declaración de concurso no limita la capacidad de obrar del deudor

El avance de la Ciencia del Derecho nos permite hallar una solución más acabada al problema que nos ocupa.

La purga de los efectos represivos propios de los regímenes precedentes -EM (III) LC- y la normalización del instituto concursal, alejado de connotaciones jurídicas negativas y de la presunción de mala fe, como un estadio más -crítico pero un estadio más- de la vida personal y/o empresarial del deudor, favorecen el estudio del fenómeno con más claridad.

Es cierto que tras la declaración de concurso, como ha señalado algún autor, el deudor queda en una situación peculiar cuya exacta calificación jurídica es problemática⁷⁷⁹. Sin embargo, cuestionamos que el recurso a la capacidad del deudor sea el instrumento técnico adecuado para describir los efectos de la declaración de concurso sobre aquel.

Como veremos, el estudio de otras figuras que entroncan con la capacidad -el poder de disposición, la legitimación y la potestad- se reputan hoy imprescindibles para ofrecer la solución jurídica que mejor se ajuste a la realidad de lo que acontece tras la

administración de su empresa, el juez puede adoptar «las medidas que estime convenientes para conservar la integridad de la Masa» (art. 81; vid. también art. 82).

Aunque no es lo habitual, localizamos otros ordenamientos jurídicos que rechazan expresamente que el deudor insolvente sea un incapaz. En este sentido, vid. la Ley General del Sistema Concursal del Perú -Ley n° 27809; publicada el 8 de agosto de 2001- que en su art. 100.2 dispone: «El quebrado no deviene en incapaz por razón de la quiebra, por lo que puede ejercer sus derechos civiles sin más limitaciones que las señaladas en el párrafo anterior».

⁷⁷⁸ Más allá de lo dispuesto en la DA 1ª LC de 2003, no desconocemos que la entrada en vigor de la norma concursal vino acompañada de la reforma de otros textos legales que expresamente aludían a la capacidad. Vid. DF 3ª, que añadió un apartado 8 al art. 7 de la LEC, y DF 21ª, que modificó el párrafo a) al apartado 3 del art. 15 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

⁷⁷⁹ Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Par conditio creditorum y protección del tráfico...», cit., p. 9; en igual sentido, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», cit., p. 69.

declaración de insolvencia, con determinación de la posición jurídica del deudor, órgano jurisdiccional y administración concursal.

- *Aproximación a la capacidad como elemento explicativo de la posición jurídica del deudor y la relevancia de su esclarecimiento*

La problemática de la naturaleza jurídica de las limitaciones que padece el deudor tras la declaración de concurso no es una cuestión de pura dogmática jurídica. El alcance práctico, sustantivo y procesal, de una correcta acotación en esta materia es indudable, con notable influjo en la posición de los órganos del concurso.

Veamos dos consecuencias bien destacadas.

En primer lugar, la eficacia de los actos dispositivos realizados por el deudor respecto a bienes integrantes en la masa activa es dispar en función de si este se halla afectado por una limitación en su capacidad o, por el contrario, aquella restricción importa solo en lo tocante a su poder de disposición. En esta segunda hipótesis, los negocios jurídicos realizados por el deudor serán válidos pero ineficaces; esto es, por cuanto el poder de disposición constituye un requisito de la *traditio*, nos encontramos ante un problema en el modo pero no en el título⁷⁸⁰. Por el contrario, de sostener la primera tesis, es decir, la merma en la capacidad, nos hallamos ante un vicio en el título en tanto que el consentimiento, prestado por persona con capacidad de obrar, se erige en requisito de validez del negocio mismo (arts. 1261 y 1263 CC).

Las consecuencias jurídicas de mantener una u otra posición no son despreciables. De proclamar afectado el poder de disposición, los obstáculos ante su carencia se reconducen a la existencia de auténtica tradición traslativa del dominio y, por tanto, el negocio dispositivo celebrado por el deudor -aunque impedido este para la *traditio*- gozará de plenos y válidos efectos obligacionales⁷⁸¹; en cambio, de interpretar

⁷⁸⁰ Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles (estudio del art. 464.1 del Código Civil)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1979, pp. 352 y 355: «el poder de disposición del transmitente no es un vicio del título, como lo demuestra que ha de ser válido para que se adquiera por usucapión. De ahí que deba referirse a la tradición. No se puede decir que el título, si no se ha producido la transmisión por tradición, sea ineficaz, porque precisamente la transmisión no la produce el título por sí solo». Vid., asimismo, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., *passim*, entre otras, pp. 236 a 238, 527 y 528.

⁷⁸¹ En este sentido, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., p. 527: «creo que si la tradición traslativa del dominio, para ser tal, requiere la existencia del negocio obligatorio precedente, no cabría decir sin más que el cumplimiento de éste es la tradición traslativa como acto dispositivo, ya que el negocio fuente de la obligación de dar también forma parte de la naturaleza del acto. Lo decisivo estriba en entender -y éste creo es el significado del artículo 1.160- que aunque ya con la conclusión del

que se halla limitada la capacidad del deudor, los problemas de su falta se deben orientar a la existencia misma del negocio jurídico de disposición y, por ende, no se puede predicar su típica eficacia obligacional.

En sede procesal, la calificación de la naturaleza jurídica de las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor tiene una indudable impronta. Como es sabido, el art. 509 TRLC preconiza con vocación de generalidad para todo el concurso -«en todas las secciones»- que deudor y administración concursal «serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma». Sin embargo, se convendrá con nosotros que, al margen de tal formulación y de lo acertado de conferir el estatuto de parte a los referidos sujetos, el desenlace de tomar postura por la limitación de la capacidad o por una restricción acotada a los poderes de administración y disposición no lleva aparejado idéntico resultado en la atribución de la condición de parte.

En otras palabras, en esta primera aproximación, es fácil vislumbrar que ante una limitación de la capacidad es precisa la representación para suplir o integrar aquella carencia, y, en cambio, ante una prohibición legal de administrar y disponer, la capacidad del sujeto se mantiene intacta. En el primer caso, la administración concursal ostentaría la representación del deudor; en consecuencia, el representado sería la parte y no el representante (matizable, por tanto, el art. 509 TRLC). En el segundo caso, aquella representación resultaría innecesaria y, por ende, la atribución de parte podría quedar justificada.

- *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*

Actualmente, el concepto capacidad tanto en su vertiente estática (capacidad jurídica) como dinámica (capacidad de obrar) goza, en sus trazas básicas, de consenso científico.

Sin embargo, al menos en lo que se refiere a la capacidad de obrar, es un término que no queda indemne al sentido que quiera darle el narrador; no solo por el contexto en el que se maneje (no es inusual encontrar un empleo “vulgar” o coloquial del término,

negocio obligacional se haya iniciado el proceso dispositivo, éste no se entiende producido sino en la fase de cumplimiento del contrato. Por ello, es en esta fase donde se exige el poder de disposición que, junto al negocio obligacional precedente y la transmisión posesoria va a conformar el acto dispositivo traditorio». Vid., en esta línea, MARTÍNEZ FLÓREZ, *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, cit., pp. 77 y ss.; «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 169 y ss.; y «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., 74.

incluso en los textos legales)⁷⁸², sino también, y pese al referido consenso, por los distintos matices que se pueden sostener del concepto mismo.

La importancia de distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar⁷⁸³, como categorías que sirven para expresar limitaciones jurídicas de distinto signo⁷⁸⁴, es conocida.

Siguiendo dos acepciones bien asentadas en la doctrina española, podríamos definir la capacidad jurídica como «la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones», y, la capacidad de obrar como «la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos», esto es, «la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones»⁷⁸⁵.

La primera es predicable de toda persona por el hecho de serlo y constituye un atributo esencial de ella, reflejo de su dignidad y naturaleza racional; la segunda, si bien se presume plena en extensión del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, puede ser limitada por ley o sentencia, debiendo ser interpretada de manera restrictiva en caso de incertidumbre⁷⁸⁶.

Nada que añadir ni matizar en torno a la capacidad jurídica. Huelga afirmar que el deudor concursado mantiene intacta tal capacidad. No ocurre lo mismo, sin embargo, respecto a la capacidad de obrar: algunos sectores de la doctrina siguen advirtiendo que la declaración de concurso y la limitación a las facultades de administración y

⁷⁸² Como señalara FALZEA, el término capacidad «representa un fenómeno de polisemia en el lenguaje jurídico» de tal suerte que «existe hoy, sobre el significado jurídico del término capacidad, una larga franja de ideas imprecisas y heterogéneas, fuente de oscilaciones y de incertezas» -en voce «Capacità (teoria generale)», *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 9-.

⁷⁸³ En este sentido, conviene notar que la actual distinción entre ambas capacidades constituye una discriminación moderna que no haya cobijo en nuestra Historia del Derecho (vid. la sinopsis realizada por CERDÁ en torno a «Tres conferencias del Profesor García Gallo», publicada en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1948, pp. 1386 a 1388). De igual modo, aunque hoy es indiscutible la necesidad de ambos conceptos como un par lógico y complementario, expresiva de realidades distintas, hasta bien entrado el siglo XX imperó la teoría monista o unitaria de la capacidad. Sobre la cuestión, *in extenso*, vid. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., pp. 180 y ss.

⁷⁸⁴ Para un recorrido histórico por las principales tesis sostenidas por la doctrina en torno a la capacidad, vid. *ibidem*, pp. 186 y ss. y pp. 208 y ss. Actualmente, es generalmente admitido, como señala RAMOS CHAPARRO, que ambas capacidades no son especies de un mismo *genus* más amplio, ni una puede ser reconducida a la otra. Cada capacidad tiene su propio ámbito teórico-jurídico en el que adquiere su sentido técnico y práctico. En la capacidad jurídica: la relación jurídica, el derecho subjetivo y las restantes situaciones jurídicas; en la capacidad de obrar: el acto y el negocio jurídico (p. 184).

⁷⁸⁵ Cfr. Díez-Picazo/Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 214.

⁷⁸⁶ *Ibidem*. En términos de la STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 1987 (Roj: STS 4734/1987 y Roj: 8733/1987): «En tanto no exista una declaración judicial de incapacidad se pueden ejercer derechos civiles y comparecer en juicio».

disposición patrimonial del deudor (arts. 28.1.3º y 106 TRLC) entrañan una restricción de aquella⁷⁸⁷.

- *Delimitación del concepto de capacidad de obrar aplicado y su necesario deslinde de otros presupuestos jurídicos que afectan a la validez o eficacia de los actos realizados por un sujeto*

En torno a la capacidad de obrar, la doctrina civilística distingue, sintetizando mucho, entre tesis formalista o abstracta y realista o personalista.

En la primera, defendida por DE CASTRO y cierto sector doctrinal que ha continuado su tesis⁷⁸⁸, la cualidad jurídica que permite determinar, en cada persona, el

⁷⁸⁷ Entre otros, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 20 y ss.; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 344; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «Efectos de la declaración de concurso», *Derecho Mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. II, parte VI, capítulo 85, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, p. 813; SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1219 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 2022; VARA DE PAZ, «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la Legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, p. 1264; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «De la capacidad para comprar y vender. Comentario a los artículos 1457 a 1459 del Código civil», *Comentario al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), tomo VII, pp. 10279 y 10280.

Y todavía hay quien emplea el término incapacitación o cuasi-incapacitación para describir la situación en que queda el concursado. Entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 359, si bien en el mismo texto habla de limitación de capacidad de obrar del deudor (p. 358); PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración de concurso. La vis attractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007, p. 90, refiere la existencia de cierta incapacitación en tanto se le desposee o somete a control la capacidad general de obrar en relación con su patrimonio; y COLINA GAREA, «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso», *Aranzadi civil*, nº 7, 2007, p. 8, edición digital -westlaw-) para quien: «la restricción de la capacidad inherente a la suspensión o desamparamiento del concursado, lejos de equipararse a una verdadera incapacitación judicial, se mostraría como una especie de estado personal, de cuasi-incapacitación orientada a la protección de los acreedores, la cual comporta una interdicción o prohibición legal de disponer o administrar, cuya ratio se encuentra en la conveniencia de evitar que el deudor realice actos de naturaleza patrimonial en perjuicio de aquellos», si bien con carácter previo reconocía que se trata de una limitación o restricción de la capacidad de obrar del concursado (pp. 2 y 6 -versión westlaw-).

En Italia, se decantan por la incapacidad del *fallito*, junto a lo expuesto en nota al pie 123, PAJARDI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1998, pp. 210 y ss. En contra, ALBERTO, «Fallimento (diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, 2010, p. 363: «il fallimento non comporta incapacità del fallito, ma unicamente spossessamento e inopponibilità alla procedura degli atti dallo stesso compiuti»; también de interés, PACCHI, «Gli effetti del fallimento per il fallito. Parte II», *Manuale di Diritto Fallimentare*, (coord. S. PACCHI), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, pp. 165 y 166.

⁷⁸⁸ Entre otros, GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992, *passim*. Vid. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, en p. 72, nota al pie 13 y los autores que cita que siguen a DE CASTRO.

grado y alcance de su capacidad de obrar es el estado civil, sin que las bases biopsicológicas de la personalidad tengan relevancia directa.

En la concepción realista o personalista⁷⁸⁹, por el contrario, la incapacidad de obrar depende exclusivamente de la ineptitud natural del individuo para autogobernarse, desplazando la categoría del estado civil como criterio determinante de aquella capacidad⁷⁹⁰.

Lógicamente este es un debate en el que no nos podemos detener. Sin embargo, en lo que a esta investigación afecta, resulta ineludible pronunciarnos sobre qué concreto concepto de capacidad de obrar manejamos.

En la elección del concepto debemos atender a la utilidad que este nos proporcione en orden a distinguir la capacidad de obrar de otras figuras que operan, asimismo, como presupuestos o límites jurídicos de la eficacia o validez de los actos realizados por un sujeto, a saber, la legitimación, la facultad de disposición y las prohibiciones.

En este sentido, como a continuación exponemos, solo la tesis realista puede sernos de utilidad.

Con carácter general, en la manualística civil española no es la “causa”, entendida como la aptitud psíquica para el autogobierno, el elemento matriz sobre el que se construye el concepto de capacidad. Basta un repaso por algunas de las definiciones proporcionadas por la doctrina, incluida la reproducida *supra*, para advertir una acentuación del “resultado” en detrimento de la “causa”⁷⁹¹. Esto es, en la mayoría de las definiciones se observa una preeminencia de la producción de eficacia jurídica del acto -“resultado”- en menoscabo de la aptitud psíquica como presupuesto o requisito del acto mismo -“causa”-.

Nada tendríamos que rebatir si tal ordenación de los elementos abocara a un concepto de capacidad útil que permitiera distinguir esta figura de otras que operan

⁷⁸⁹ Sostenida, entre otros, por GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, cit., pp. 82 y ss. (para una síntesis de objeciones a la tesis jurídico-formalista, vid. pp. 67 y ss., especialmente, pp. 72 y ss.), y por RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., *passim*.

⁷⁹⁰ Una explicación del origen de la capacidad de obrar y sus concepciones realista y formalista puede verse en RAMOS CHAPARRO, *ibidem*, pp. 304 y ss.

⁷⁹¹ Entre otras, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, cit., p. 197: «la capacidad de obrar es la aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos».

como presupuestos legales de la efectividad de la subjetividad activa⁷⁹². Sin embargo, como ha apuntado RAMOS CHAPARRO⁷⁹³, aquella concepción formalista lleva consigo el resultado contrario: por cuanto entiende la capacidad como un requisito de la eficacia de la actuación y no como un presupuesto de la actuación misma, desemboca en una definición excesivamente amplia, estéril como figura descriptiva de la aptitud o cualidad de la persona.

De este modo se advierte que, con apoyo en el “resultado”, los supuestos relativos a prohibiciones subjetivas, limitaciones al poder de disposición o falta de legitimación, que operan como requisitos o límites jurídicos de la subjetividad activa, quedan subsumidos en la incapacidad en tanto que de ellos deriva igual sanción de ineficacia (absoluta o relativa) respecto de los actos realizados por aquellos en quienes concurren⁷⁹⁴.

Y, al menos en este trabajo, poco aporta un concepto de capacidad así perfilado.

- *El deudor concursado no pierde la capacidad de obrar*

Sentado que partimos de un concepto de capacidad de obrar que halla fundamento exclusivo en el grado de autogobierno personal, exclusivamente son limitaciones posibles a aquella la minoría de edad y la ineptitud mental para procurar su

⁷⁹² En este sentido, nos servimos del concepto de subjetividad que proporciona, en su excelente estudio doctoral, RAMOS CHAPARRO, *ibidem*, pp. 452 y 453. Para este autor: «El concepto de *subjetividad*, como carácter ontológico-jurídico de la persona y como función de ésta en los fenómenos jurídicos, es una manifestación más de la influencia sobre el Derecho de la persona de la evolución de los conceptos filosóficos sobre el hombre, y deriva necesariamente de la teoría general de la relación jurídica y del derecho subjetivo. En la tesis realista, la subjetividad no constituye una nueva “sustancia jurídica abstracta” que entre en competencia con la capacidad jurídica (presupuesto-cualidad) o con la personalidad (esencia), sino que designa sintéticamente las funciones de la persona respecto de los derechos y los actos, y las determinaciones jurídicas sobre las mismas, es decir, el conjunto de elementos normativos referibles al “elemento subjetivo” de una determinada relación, situación o actuación jurídica. En tal sentido se utiliza la subjetividad, como recurso metodológico, para delimitar los ámbitos de las dos capacidades (jurídica y de obrar), que permite, además, distinguir entre capacidad jurídica y titularidad, y explicar como, en última instancia, la misma existencia y operatividad de las llamadas personas jurídicas, en cuanto éstas constituyen una aplicación traslativa o analógica de la función de la subjetividad jurídica a entes u objetos que no son de la misma naturaleza que el hombre. (...). Subjetividad pasiva es la función de la personalidad por la que se imputan al hombre los efectos jurídicos, y está determinada por la capacidad jurídica. Subjetividad activa es la función por la que la personalidad puede producir efectos jurídicos a través de actuaciones contempladas por las normas, y está determinada por la capacidad de obrar»; también, conviene añadir, por otros requisitos o límites jurídicos cuya diferencia respecto a la capacidad de obrar «es de orden principalmente causal ya que no se basan en la aptitud psicológica o de autogobierno del sujeto, sino en concretas situaciones jurídicas de éste, que se relacionan legalmente con la validez o eficacia de sus actos por otra *ratio* o causa final». Nos referimos, particularmente, a los términos de legitimación, facultad de disposición y prohibiciones (pp. 288 y ss).

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 300.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

gobierno. No concurriendo ninguna de estas circunstancias en el concursado, procede descartar que la declaración de concurso tenga impacto alguno en su capacidad.

El TRLC se pronuncia sobre la capacidad del deudor concursado exclusivamente a colación de las medidas prohibitivas o limitativas al ejercicio de las facultades patrimoniales de aquel acordadas en el convenio (art. 558.2). Más allá de esta previsión solo encontramos alusión a la conservación de la «capacidad para actuar en juicio» en el régimen de intervención (art. 119 TRLC).

Junto a lo anterior, conviene tener presente que la DF 3ª de la LC de 2003 añadió a la LEC un nuevo apartado 8 en el art. 7: «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal».

Por lo que se dirá, ambos textos normativos emplean un concepto de capacidad amplio, dificultando -como decimos- su distinción de otras figuras cuya concurrencia redundaría en la eficacia del acto⁷⁹⁵.

La inconsistencia de esta opción legal es evidente. Y así se constata con apoyo en los siguientes motivos.

En primer lugar, porque el efecto asociado al deudor de la declaración de concurso repercute exclusivamente en la limitación, total o parcial, de las facultades de administración y disposición patrimonial y no en su capacidad. Si aconteciera de otro modo, junto al nombramiento de un administrador para los bienes habría que nombrar un tutor para el concursado⁷⁹⁶, y en nuestro ordenamiento, como corrobora el interés que patrocina, el curador es de bienes y no de personas⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Mucho más claro en su tenor, aunque igualmente desarcerado, el Proyecto de Ley Concursal de 1995, que entre los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor distingue entre la suspensión de la capacidad de obrar del deudor y la limitación de tal capacidad respecto a la masa activa. De este modo se constata con la lectura, entre otros, de los arts. 46 («Suspensión o limitación de la capacidad de obrar del deudor»), 47 («Publicidad registral de la suspensión o de la limitación de la capacidad de obrar del deudor»), 48 («Efectos generales de la declaración de concurso en caso de suspensión de la capacidad de obrar»), 49 («Sustitución procesal del deudor»), 51 («Pagos al deudor»), 52 («Efectos de la declaración de concurso sobre las facultades de administración de los bienes conyugales y de los hijos»), 53 («Efectos generales de la declaración de concurso en caso de limitación de la capacidad de obrar»), 54 («Los órganos de la persona jurídica deudora en caso de suspensión de la capacidad de obrar») y 55 («Los órganos de la persona jurídica deudora en caso de limitación de la capacidad de obrar»).

⁷⁹⁶ En este sentido, respecto al concursado y al quebrado, en aplicación de los arts. 1914 CC y 878 CCom/1885, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 141 y 142.

⁷⁹⁷ Sobre la idea de la administración concursal como representante del deudor, vid. *infra*.

En segundo lugar, porque de concurrir limitación en la capacidad de obrar del deudor, la Ley debe especificar la forma de integrar tal limitación.

En el régimen de intervención, respecto a los procesos declarativos (nuevos y en trámite), expresamente se contempla que «el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas, interponer recursos, desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa» (art. 119.1 TRLC, aplicable a los procedimientos de mediación y a los arbitrales en tramitación *ex* 140.2 TRLC); y, en el régimen de suspensión, respecto a los procedimientos civiles en los que se ejerciten acciones de índole personal, «el concursado necesitará autorización de la administración concursal para presentar la demanda, interponer recursos, allanarse, transigir o desistir cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa» (art. 120.3 TRLC). Podríamos inferir entonces que la autorización constituye el modo de suplir tal limitación de la capacidad, extensible incluso al ámbito sustantivo (v.gr., arts. 106.1 ó 112 TRLC). Y, en recta lógica, si limitación de la capacidad de obrar y procesal se predica en intervención, con mayor intensidad, dada la severidad de sus efectos, se ha de declarar en suspensión.

La LC, pudiendo hacerlo, rehuyó el término representación, único instrumento para suplir tal limitación, y englobaba el fenómeno en la «sustitución»⁷⁹⁸ (arts. 40.2, 51.2-I y 52.2 LC), reconociendo al deudor, por lo demás, plenas posibilidades de personación y defensa separada en los procesos nuevos y en trámite (arts. 51.2-II, 52.2 y 54.3 LC).

El TRLC, en el ámbito sustantivo evita incardinar el supuesto en la representación y emplea el laxo concepto de la sustitución: «La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas facultades» (art. 106.2, segundo inciso, TRLC). Sin embargo, en sede procesal se decanta llamativamente por la representación: «la administración concursal, actuando en interés del concurso pero en representación del concursado, sustituirá a este en los procedimientos judiciales civiles, laborales o administrativos que se encuentren en trámite a la fecha de la declaración de concurso (...)» (art. 120.2 TRLC).

⁷⁹⁸ Para una crítica al manejo de este concepto para describir en técnica jurídica la posición jurídica de la administración concursal, vid. *infra*.

El TRLC, con desatino, crea una representación *sui generis*, insostenible desde el punto de vista técnico⁷⁹⁹. En primer lugar, porque es una representación en interés del concurso y no del representado; en segundo lugar, porque una vez estipulada la representación la norma concursal contempla, a renglón seguido, que el deudor conserva plenas facultades de actuación separada en sede procesal (art. 121 TRLC).

En otras palabras, si la administración concursal no actúa en interés del concursado y este puede proceder con plena capacidad procesal en el foro -también con completa capacidad de obrar en el resto de actos jurídicos que no rocen la limitación de la facultad de administración y disposición-, la declaración del concurso no arroja como resultado merma alguna en la capacidad, sino que el fenómeno debe ser encuadrado en otra categoría⁸⁰⁰.

Buena prueba de ello es la contradicción en la que incurre el propio TRLC al reconocer que, una vez abierta la fase de liquidación y acordada la disolución de la persona jurídica concursada y el cese de los administradores o liquidadores, estos «serán sustituidos a todos los efectos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte» (art. 413.3). Esto es, se acaba admitiendo legalmente una doble representación de la persona jurídica concursada: por un lado, de la administración concursal, y, a su vez, de otro, por sus administradores o liquidadores.

Lo afirmado, con forzoso desplazamiento de la capacidad como figura explicativa válida para describir la situación jurídica del concursado, se corrobora además atendiendo a las siguientes circunstancias.

⁷⁹⁹ Con técnica muy discutible, otros ordenamientos jurídicos declaran expresamente tal representación. V.gr., en Chile, donde el art. 27 de la Ley de quiebras (Ley n° 18175) establece: «El síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinados por la ley. Le incumbe especialmente: 1.- Actuar en resguardo de dichos intereses y derechos, en juicio y fuera de él, con plena representación del fallido y de los acreedores (...)».

⁸⁰⁰ Buena prueba de lo errado de la tesis de la limitación de la capacidad de obrar se observa en el tratamiento jurídico de la cuestión por algunos de los autores que sostienen esta idea. V.gr., vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, cit., pp. 78 y ss., que después de defender que la declaración de concurso limita la capacidad de obrar del concursado, aborda lo que denomina «modos de suplir la limitación de capacidad del deudor». Y para suplir tal limitación de capacidad acude a la legitimación, en recto trasplante de lo dispuesto en el art. 54.1 LC, obviando que frente a la limitación de capacidad solo la representación puede suplirla. Idéntica crítica localizamos en MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, ed. Bosch, 2007, p. 327, nota al pie 459.

En primer lugar, la nueva situación en la que se halla el deudor tras la declaración de concurso no reúne los caracteres que, por definición, concurren en los supuestos de limitación de la capacidad de obrar. Esto es, no se dan las cualidades de afección personal e intrínseca, abstracta y general⁸⁰¹, en el sentido que a continuación exponemos.

Empezando por las últimas, nótese que el deudor puede celebrar contratos, contraer obligaciones, interponer demandas y realizar cualesquiera actos de administración y disposición sobre bienes que no integren la masa activa; esto es, puede ejercer sus derechos y acciones personales con absoluta libertad.

La falta de aptitud que padece el concursado no es así general, sino que queda circunscrita a los estrictos contornos del patrimonio afecto al fin que persigue el concurso. Es decir, el problema no radica en la idoneidad del deudor para ser titular de relaciones jurídicas, sino en su imposibilidad para operar en el tráfico jurídico con plena eficacia respecto a aquellos bienes que conforman el patrimonio concursal.

La limitación de la capacidad podría explicar, en su caso, la restricción al ejercicio de una categoría de actos, pero nunca la posibilidad de que un mismo acto sea realizado respecto a los bienes que integran el patrimonio personal y no, en cambio, respecto a los que conforman la masa activa.

El carácter instrumental y funcional a los fines del concurso de tales restricciones patrimoniales justifica también su acotada extensión: se mantienen con distinta intensidad en función de la fase del concurso y solo durante su vigencia. Es así que, satisfecho el fin al que se destina el concurso, mediante la liquidación de los bienes o aprobación y cumplimiento de un convenio, aquella limitación decae con plena recuperación, en su caso, de las facultades de administración y disposición patrimonial sobre el remanente existente.

No concurre tampoco la cualidad personal e intrínseca de la limitación de la capacidad. Buena prueba de ello es que con la muerte o la declaración de fallecimiento del deudor «continuará tramitándose como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de

⁸⁰¹ Sobre estas, *in extenso*, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 148 y ss., y «Comentario al artículo 40», cit., pp. 782 y ss.

administración y disposición del caudal relicto» (art. 571.1 TRLC). Se constata, pues, que la limitación es puramente objetiva, constituida a favor del interés concursal, con independencia de la persona titular de los bienes que integran el patrimonio destinado al fin del concurso⁸⁰².

Finalmente, se reputa controvertida la idea de que la persona jurídica pueda resultar limitada en su capacidad de obrar como consecuencia de la declaración de concurso. Acomodar la institución de la capacidad a los moldes de la persona jurídica es técnicamente una cuestión compleja, por mucho que pueda no resultar extraño su manejo en nuestro quehacer ordinario.

En efecto, aunque en ocasiones se hace alusión a la capacidad de obrar de la persona jurídica, su empleo es estrictamente coloquial para expresar el ámbito de actuación en el que opera aquella o sus órganos de administración⁸⁰³. Y, en este sentido, parece obvio que la incapacidad no puede servir para describir la situación en la que quedan los órganos de administración una vez declarado el concurso⁸⁰⁴.

Ni siquiera en manejo de una acepción formalista, centrada en los efectos de la limitación y no en la causa o *ratio legis* de la misma, se puede plantear el recurso a la capacidad⁸⁰⁵, que se reputa sumamente discutible en su adaptación a las personas jurídicas.

⁸⁰² MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., pp. 115 y 116.

⁸⁰³ Sobre la cuestión, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., p. 125, especialmente, notas al pie 116 y 117.

⁸⁰⁴ Manifestación de esta realidad es la tesis sostenida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., pp. 359 y 360: defiende la limitación de la capacidad del concursado persona física (confusamente, refiere la existencia de un supuesto de incapacitación «por muy peculiar que el mismo sea y por muy concretos que sean sus efectos»), pero la descarta expresamente respecto a la persona jurídica. A su juicio, respecto a estas últimas, la limitación a las facultades patrimoniales se transforma en una restricción de la legitimación de sus administradores (art. 48.1 LC; actual art. 126 TRLC).

⁸⁰⁵ Sobre el empleo del concepto de capacidad en el ámbito societario, entre otros, vid. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, tomo I (Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias), Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976, pp. 206 y ss., para la capacidad jurídica, y p. 304, para la capacidad de obrar. Ampliamente, con estudio comparado, SAÉNZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 141 a 185. Igualmente de interés, a colación de la representación, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979 (reimpresión de 1992), pp. 70 a 74.

2.6. La declaración de concurso comprende una prohibición legal de administrar y disponer con impacto en la legitimación sustantiva y procesal del concursado

2.6.1. Las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial como prohibiciones legales de administrar y disponer

En el régimen vigente, las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial hallan su justificación en la necesidad de garantizar una adecuada gestión del patrimonio concursal, procurando, en última instancia, alcanzar la satisfacción del interés del concurso. Se trata de medidas que detentan un doble alcance. De una parte, garantizar la conservación de la masa activa y su valor, instituyendo ciertos criterios de gestión para su logro; de otra, vedar al deudor la posibilidad de sustraer bienes de la masa, realizar actos de administración improcedentes o asumir nuevas obligaciones que supongan un aumento del pasivo⁸⁰⁶.

Es la responsabilidad patrimonial y el necesario restablecimiento del orden legal lo que justifica la imposición de tales restricciones. La medida judicial limitativa de la eficacia de los actos realizados por el deudor se dirige a proteger estrictamente los créditos que, sobre el patrimonio del concursado, ostentan otras personas favorecidas por el TRLC en esta colisión de valores patrimoniales que se origina, desde la declaración de concurso, entre la autonomía privada del deudor, por un lado, y los intereses crediticios y de orden público económico, por otro⁸⁰⁷.

Por más que el resultado o efecto de tales limitaciones pueda ser el mismo, su *ratio* normativa escapa por completo al autogobierno personal -entendido como la aptitud psíquica adecuada de un sujeto en las actuaciones jurídicas en que están implicados sus intereses⁸⁰⁸-, lo que impide reconducir la situación jurídica en que queda el concursado a los supuestos de incapacidad⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ Sobre tal fundamento, vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «Efectos de la declaración de concurso», cit., p. 809.

⁸⁰⁷ Sobre la cuestión, cfr. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 243.

⁸⁰⁸ Con manejo de otras expresiones, como libre determinación de la voluntad o cabal juicio, contenidas en Derecho contemporáneos codificados, RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 282. Alude a la imposibilidad de discernimiento en determinadas esferas de su vida personal y patrimonial o de guiarse en el ejercicio de sus derechos civiles, con apoyo jurisprudencial, CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, cit., pp. 69 a 71.

⁸⁰⁹ En el mismo sentido, RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 243. Cuestión muy distinta es que el concursado padezca una enfermedad o deficiencia persistente de carácter

Nótese la importancia de discriminar lo que, en rigor, es distinto.

Con carácter general, como es sabido, el incapaz no puede disponer de los derechos a los que alcanza la incapacidad. Esta privación, sin embargo, no es exclusiva de aquellos que se hallan limitados en su capacidad. En ocasiones, ante la concurrencia de circunstancias extraordinarias, la ley también justifica la imposición de limitaciones a un sujeto sobre su poder de disposición pero sin privarle de capacidad⁸¹⁰. Se alcanza, de esta suerte, el mismo resultado pero por distinta vía y con muy dispares consecuencias.

No extraña, pues, que ante la incapacidad acudamos a la representación y frente a fenómenos de no disposición precisemos, por las necesidades que justifican su imposición, de la potestad atribuida a un tercero para que pueda actuar con plena eficacia en la esfera jurídica de aquel que padece tal limitación. Si los supuestos de incapacidad y no disposición coincidieran sin más, el problema de la legitimación no surgiría como cosa distinta de la representación legal⁸¹¹.

Adviértase que cuando el titular del derecho subjetivo es privado del poder de disposición, la representación nada suple ni nada tiene que ofrecer. El representante nunca puede ejercitar, en nombre de su representado, el poder del que este ha sido privado. Tal es así que si el acto no puede ser realizado por el sujeto, en tanto que privado de ese poder, ineficaz será el acto realizado en nombre de él por un representante suyo⁸¹².

El interés al que atiende la limitación deviene, en consecuencia, crucial. En el concurso, las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor obedecen estrictamente a intereses externos -reconducidos a la locución «interés del concurso»- que exigen la sustitución del deudor en su ejercicio, o, al menos, su control por los

físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma (cfr. art. 200 CC), lo que permite su incapacitación judicial con determinación de su extensión y límites y régimen de tutela o guarda a que ha de quedar sometido (art. 760.1 LEC).

⁸¹⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 141.

⁸¹¹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., p. 27. Con todo, como veremos seguidamente, conviene no confundir poder de disposición con legitimación. Sobre la cuestión, por todos, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 20 y ss.

⁸¹² Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 141. Antes, vid. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1939, p. 322.

Adviértase la diferencia con los supuestos de limitación de capacidad, donde el poder de disposición puede ser ejercido por el representante del sujeto limitado en su capacidad, con plena eficacia, por tanto, de los actos realizados en el ámbito competencial atribuido.

órganos concursales. Son tales intereses externos los que, protegidos por el ordenamiento jurídico con preferencia al interés del deudor, al menos en escenarios de insolvencia, recortan, desde fuera, las facultades dispositivas de este respecto a sus bienes y derechos de forma muy distinta a como ocurre en los supuestos de hecho en los que hallamos la incapacidad (minoría de edad o enfermedad)⁸¹³. En estos últimos es la protección del interés individual del propio sujeto lo que impide, con apoyo en hechos que hacen presumir que aquel no actuará con plena conciencia, que puedan ejercitar su derecho⁸¹⁴.

En este sentido, se ha afirmado que cuando la finalidad de la limitación se dirige, en exclusiva, a proteger el interés del sujeto en atención a sus condiciones psíquicas, forzosamente hay incapacidad; en cambio, cuando la limitación de un sujeto atiende a la protección de intereses externos, ajenos o sociales, hay prohibición⁸¹⁵.

La prohibición legal se postula, pues, como un instrumento óptimo para explicar la protección de intereses económicos legítimos distintos a los del titular⁸¹⁶. De esta suerte, en el ámbito que nos ocupa, la prohibición legal de administrar y disponer es una categoría jurídica que precisa ser estudiada por su aparente fácil engaste con la situación jurídica en que queda el deudor tras la constitución de la situación jurídica concursal.

Descartado que la declaración de concurso implique una limitación de la capacidad del deudor, es oportuno analizar si esta lleva consigo la instauración de una prohibición de administrar y disponer⁸¹⁷: total en el régimen de suspensión; parcial, sin la anuencia de la administración concursal, en intervención.

⁸¹³ Cfr. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 243. En los supuestos de incapacidad, como señala este autor, es la propia estructura psíquica del sujeto lo que impide a este ejercitar su derecho en las condiciones de racionalidad y libertad exigidas por el ordenamiento para la protección de su propio e individual interés.

⁸¹⁴ En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., p. 141, y RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 243.

⁸¹⁵ Cfr. RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., p. 296.

⁸¹⁶ En la InsO alemana, aunque se contempla expresamente la posibilidad de imponer una prohibición general de disposición sobre el deudor con el nombramiento del administrador provisional (§22.I y II), la apertura del proceso de insolvencia determina la transferencia al administrador del derecho del deudor a administrar y disponer de los activos pertenecientes al patrimonio de la insolvencia (cfr. §80.I).

⁸¹⁷ En la doctrina han defendido que nos hallamos ante una prohibición legal de administrar y disponer, destacadamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 148 y ss., en concreto, p. 150; «Comentario al artículo 40», cit., pp. 782 y ss.; y en «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, passim.. Asimismo, entre otros, PAU PEDRÓN, *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, cit., pp. 11 a 21;

La prohibición de disponer, con general aceptación doctrinal, ha sido definida como el «gravamen consistente en la restricción total o parcial de la facultad de disposición de los derechos transmisibles, protegida por las normas con eficacia real una vez publicada registralmente, que sin atribuir un correlativo derecho subjetivo al beneficiado por ellas, determina la nulidad absoluta –o excepcionalmente la mera anulabilidad si así se ha previsto en el título constitutivo o en la ley- del acto realizado en su contravención»⁸¹⁸.

Su apreciación, sometida a una interpretación restrictiva, exige la reunión de peculiares características que permiten su distinción de otras figuras afines. Estas son: justa causa y reconocimiento legal, temporalidad, eficacia *erga omnes* y fundamento en la garantía de derechos eventuales o futuros o de intereses legítimos de otras personas distintas del adquirente⁸¹⁹.

Si atendemos a la concurrencia de las notas expuestas, la declaración de concurso impone una prohibición de esta naturaleza. Nótese que el concursado, respecto a aquellos bienes que integran la masa activa, ve cercenado *ex lege* su poder de administración y disposición tras el dictado del auto de declaración de concurso, durante

BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *Cuadernos...*, cit., pp. 61 y ss.; ROCA, «El concurso del deudor persona física», cit., p. 117; MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», cit., p. 18; y MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 48. También TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 76, que descarta que nos encontremos ante una prohibición judicial pues, aunque es necesaria una resolución judicial para que se desplieguen los efectos de la declaración de concurso, la auténtica fuente del desapoderamiento no es el auto de apertura sino la LC.

⁸¹⁸ Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., p. 59. En esta línea, igualmente han sido definidas como «restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada» (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Prohibiciones de disponer», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 9-10, 1925, p. 659), como «impedimentos que en un derecho normal de tráfico el ordenamiento jurídico tolera o impone, suspendiendo su disponibilidad, por un fin legítimo, temporalmente y erga omnes, sin necesidad de creación de un derecho subjetivo» (MOXÓ RUANO, «Propiedad limitada: prohibiciones de disponer», *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1956, p. 22), como «limitación impuesta al poder dispositivo derivado del dominio y de los derechos reales que impide la realización de actos dispositivos de los mismos» (SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1953), o como «privación o restricción del poder de disposición que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado o de otro modo ser objeto de disposición, con mayor o menor amplitud o sin llenar determinados requisitos» (ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1979, p. 702).

En la jurisprudencia, entre otras, la STS (Sala 1ª) 981/2011, de 30 de diciembre (Roj: STS 8991/2011) establece que «la prohibición de disponer es la privación o restricción (...) del poder de disposición que forma parte del derecho subjetivo y que impide el acto de disposición con mayor o menor amplitud según se haya previsto».

⁸¹⁹ Sobre estas características, en detalle, vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 60 y ss.

un tiempo determinado, en orden a garantizar la conservación de la masa activa y posterior satisfacción de los favorecidos por la prohibición.

La instauración de esta prohibición supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor de terceros en orden a proteger la masa activa⁸²⁰. Se confiere en consecuencia una facultad negativa, que puede hacer valer generalmente la administración concursal en interés de la referida masa, para destruir *erga omnes* la aparente eficacia jurídica creada por el acto de administración o disposición realizado por el concursado. El instrumento dispuesto legalmente es la acción de anulabilidad del art. 109 TRLC, para las fases común y de liquidación, y, en su caso, la «acción de ineficacia o de reintegración de la masa» de los arts. 405.2 y 558.2 TRLC, para la fase de convenio⁸²¹.

La identificación de esta prohibición plantea, sin embargo, dudas en torno a dos aspectos. En primer lugar, en relación a la figura de la legitimación para disponer con la que existe una ordinaria confusión. En segundo lugar, de aceptar la convergencia de una prohibición de esta naturaleza, hemos de elucidar qué ocurre en intervención, donde el deudor conserva las referidas facultades patrimoniales aunque sometido a la autorización de la administración concursal.

En lo que hace a la primera cuestión, la legitimación para disponer en el ámbito sustantivo es actualmente aceptada entre la doctrina civilista como un presupuesto subjetivo para el ejercicio eficaz de los actos jurídicos⁸²². En concreto, es entendida

⁸²⁰ Como señala la RDGRN de 25 de junio de 2013 (BOE nº 180, de 29 de julio de 2013, p. 55352): «La prohibición de disponer supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por ella, que, sin embargo, no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero». En este mismo sentido, entre otras, vid. RDGRN de 2 de noviembre de 2018 (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 2018, p. 113626). En el caso que nos ocupa, parece evidente que el beneficiario directo de la prohibición de administrar y disponer es la masa, cuya conservación y salvaguarda es encomendada a la administración concursal.

⁸²¹ Vid. *supra* Capítulo III.

⁸²² En España, por todos, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., *passim*; sobre la génesis de la teoría de la legitimación, vid. pp. 42 y 43 del mismo trabajo. Asimismo, entre otros, DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 429; RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I, Parte general*, vol. 3º (con LACRUZ/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RAMS ALBESA), Dykinson, Barcelona, 1984, p. 113; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil español I*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1987, p. 143; y RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., pp. 288 y ss.

De igual modo en Italia, entre otros, CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico* (trad. ALBALADEJO), ed. Aguilar, Madrid, 1956, pp. 528 y ss., y BETTI, *Teoría general del negocio jurídico* (trad. MARTÍN PÉREZ), ed. Comares, Granada, 2000, pp. 138 y ss., 191 y ss., y, especialmente, pp. 203 y ss.

como la posibilidad que reconoce el Derecho objetivo a un sujeto para producir con un acto, en relación a un determinado objeto, un concreto efecto jurídico⁸²³.

En nuestro panorama doctrinal no es extraño observar una equiparación entre la prohibición de disposición y la falta de legitimación para disponer⁸²⁴. Ahora bien, dado el distinto ámbito sobre el que operan y sus dispares consecuencias jurídicas, conviene poner en valor las diferencias que separan a ambas figuras; también, por lo que se dirá, sus puntos de conexión.

La legitimación para disponer repercute en la relación entre el sujeto y el objeto, resultando válido pero ineficaz el acto realizado por quien carece de aquel presupuesto. La prohibición de disposición, en cambio, incide sobre el poder o facultad de disposición, deviniendo nulo *ex art. 6.3º CC* o anulable, cuando así se prevea expresamente, el acto realizado por quien sufre su imposición⁸²⁵.

Algunos ejemplos facilitan esta distinción. De esta suerte, constituyen hipótesis encuadrables en la falta de legitimación, por ejemplo, la ausencia de autorización judicial de los padres para renunciar a los derechos de los hijos, enajenar o gravar bienes inmuebles o valores mobiliarios (art. 166 CC), o del tutor para llevar a cabo estos mismos actos de disposición, celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción del menor o incapacitado (art. 271.2º CC). Por el contrario, engloban supuestos de prohibición de disponer, legal y voluntaria, respectivamente, entre otras, la imposibilidad de disponer a título gratuito de los bienes impuesta a los herederos del declarado fallecido hasta cinco años después de tal declaración (art. 196.2 CC), o las establecidas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales o donaciones (art. 26.3º LH).

Nótese que la prohibición presupone la legitimación para disponer, esto es, se impone frente a quien, en principio, ostenta la aludida legitimación. No ocurre, en cambio, a la inversa, en tanto que, generalmente, constituyen hipótesis de falta de

⁸²³ Cfr. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 316.

⁸²⁴ Ante la catalogación de la privación de la posibilidad de realizar actos jurídicos como un supuesto de falta de legitimación refería DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 57, nota al pie 1: «parece preferible el término antiguo de prohibición al de legitimación, propuesto por Carnelutti», pues nada aporta este último concepto (la falta de legitimación) al régimen jurídico de la prohibición. En este sentido, asimismo, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 319.

⁸²⁵ Entre otros, vid. GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., p. 32.

legitimación aquellas en las que el sujeto no es titular del derecho subjetivo -y, por tanto, de la facultad de disposición-. Lo habitual, como es sabido, es que la legitimación para disponer sea disfrutada por el titular del derecho subjetivo, a menos que concurren motivos que justifiquen su asignación a un tercero⁸²⁶.

A nuestro juicio, en el ámbito del concurso, nos hallamos ante una prohibición legal de concreción judicial, pues la limitación que padece el deudor incide, de manera directa, en las facultades de administración y disposición, ostentando este *a priori*, en tanto titular de los bienes, la legitimación para su ejercicio.

La concurrencia de esta prohibición se manifiesta con claridad en el régimen suspensión, pero también es predicable, con ciertos ajustes, en intervención. Adviértase que el ámbito de las prohibiciones legales de disponer engloba no solo las restricciones que excluyen al completo la facultad de disponer del titular, sino igualmente las limitaciones en las que el ejercicio de la aludida facultad requiere el consentimiento de otra persona, ajena a la titularidad⁸²⁷. En nuestro ordenamiento jurídico hay supuestos que constatan esta afirmación. Así ocurre con la prohibición de disponer de la vivienda habitual que recae sobre el cónyuge titular sin el consentimiento del otro (arts. 1320 y 1322.1º CC), o la prohibición de disponer de la vivienda privativa cuyo uso corresponde al otro cónyuge (art. 96.4º CC). En ambos supuestos, el acto de disposición realizado por el titular dominical, aun siendo un bien privativo, exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, deviniendo el acto anulable en caso de contravención *ex* arts. 1322 y 1301 CC, respectivamente.

De idéntico modo ocurre en el régimen de intervención donde el deudor titular de los bienes conserva el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial si bien sometido a la autorización de la administración concursal. Sin la anuencia de esta, el acto ejecutado por el deudor es anulable (art. 109 TRLC).

⁸²⁶ Distinguiendo ambas figuras y destacando que no hay identidad en el régimen jurídico aplicable, entre otros, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 33 a 39. De igual modo, para este autor, es necesario diferenciar entre las denominadas prohibiciones perfectas (o con eficacia real), y las prohibiciones imperfectas (sin eficacia real pero sí obligatoria). Las primeras determinan la privación de legitimación, a diferencia de las segundas que no excluyen la legitimación para realizar actos dispositivos: los actos contraviniendo la prohibición son eficaces aunque ilícitos (v.gr., prohibiciones impuestas en testamento y en negocios *inter vivos* a título gratuito *ex* art. 781 CC, o en actos a título oneroso; vid. arts. 26 y 27 LH). Distinguiendo ambas figuras, asimismo, GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 46 y ss.

⁸²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 123 y ss. Estas son denominadas por GÓMEZ GÁLLIGO como «prohibiciones legales de disponer configuradas a través de la figura del asentimiento».

En definitiva, se observa que el TRLC, consecuencia de la prohibición de disponer, de distinta intensidad según el régimen decretado, deja de reconocer idoneidad al acto de administración o disposición realizado por el deudor con incidencia en la masa activa, con concesión a la administración concursal de un instrumento para destruir, en principio frente a cualquier adquirente, la aparente eficacia jurídica creada por el acto consumado por su titular. Reflejo de lo expuesto es el cierre de los registros públicos frente a tales actos *ex art. 109.4 TRLC*, en tanto estos no sean confirmados o convalidados, alcance firmeza la resolución judicial por la que se desestime la pretensión de anulación o se acredite la caducidad de la acción.

Como ya advertíamos, el tratamiento registral de la anotación de concurso se asemeja, con ciertas especialidades, al de la anotación preventiva de prohibición de disponer o enajenar que tiene su origen en resolución judicial o administrativa (arts. 26.2ª y 42.4º LH). Se excepciona de este modo la aplicación del art. 71 LH, que permite la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales anotados, impidiendo la inscripción de los actos dispositivos respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación que hubiere realizado posteriormente su titular (art. 145 RH). Pero no queda ahí la eficacia de la anotación de concurso. Manifestación de la intensidad de la afección asociada a la declaración de concurso, el art. 145 RH deviene inaplicable en relación a la posibilidad de inscribir actos o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de anotación⁸²⁸.

Finalmente, hemos de contextualizar el recurso a la capacidad que maneja el art. 558.2 TRLC: «la anotación o la inscripción de las medidas limitativas o prohibitivas de la capacidad de obrar del concursado establecidas en el convenio (...)». El nuevo texto se hace eco del amplio concepto de capacidad manejado en la legislación hipotecaria, que se sirve del tratamiento de las situaciones asociadas a algún tipo de limitación de capacidad (arts. 2.4º LH y 10 RH) para encajar las situaciones concursales, aún desprovistas de regulación expresa⁸²⁹.

⁸²⁸ En este sentido, SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 24», cit., p. 541. Respecto a las particulares del régimen registral en fase de convenio, vid. *supra* Capítulo III.

⁸²⁹ Sobre los intentos de reforma, con adaptación registral de las situaciones concursales, vid. nota al pie 352.

2.6.2. El deudor pierde la legitimación sustantiva y procesal con la declaración de concurso en el régimen de suspensión

La declaración de concurso no solo repercute en la facultad de disposición sino también en la relación entre el sujeto (deudor) y el objeto (la masa activa). En efecto, al menos en el régimen de suspensión, la referida declaración comporta la privación completa de la legitimación del deudor en lo tocante a las cuestiones que afectan al patrimonio concursal.

La prohibición de administración y disposición aneja a la declaración de insolvencia lleva consigo tal pérdida en suspensión⁸³⁰; como limitación de corte puramente real, la prohibición tiene en la privación de legitimación al deudor su proyección subjetiva, manteniendo, como es lógico, idéntico fin en la protección de terceros⁸³¹.

En el ámbito sustantivo⁸³², nótese que el concursado es privado del presupuesto subjetivo-objetivo para realizar actos con plena eficacia en su esfera jurídica. Tanto en la administración del activo concursal, en aras a la conservación de la integridad patrimonial y la consecución de la finalidad de producción empresarial, como en la

⁸³⁰ Siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., p. 29, las diferencias entre capacidad de obrar y de ejercicio y la legitimación para el acto es expresada en la doctrina de derecho privado alemana con los conceptos de “Geschäftsfähigkeit” o capacidad para el negocio, y “Verfügungsrecht” o derecho de disposición. Es así que mientras la capacidad de obrar se determina por cualidades personales del sujeto, y, genéricamente, no respecto de un objeto determinado, la legitimación depende de una determinada configuración de las relaciones jurídicas de las personas afectadas, y, particularmente, en lo que hace al titular del derecho, que no se encuentre privado del derecho de administración y disposición. En palabras de INVREA: «*la capacità di agire è nell'agente, mentre la legittimazione non è nell'agente, ma si fonda sopra un quid che gli spetta o che è posto a sua disposizione*» («Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 322).

Respecto a la catalogación de la privación de la posibilidad de realizar actos jurídicos como un supuesto de falta de legitimación, vid. nota al pie 824. A nuestro juicio, conviene empero poner en valor esta distinción, pues no toda prohibición de disponer comporta falta de legitimación y no toda ausencia de legitimación entraña una prohibición de disponer. De esta suerte, constituyen hipótesis de falta de legitimación, y no concurre en cambio prohibición de disponer, aquellas en las que el sujeto no es titular del derecho subjetivo (a menos que la Ley lo dote de legitimación indirecta o extraordinaria). De otro lado, solo las denominadas prohibiciones perfectas (o con eficacia real), en terminología de LADARIA, determinan la privación de legitimación; las prohibiciones imperfectas (sin eficacia real pero sí obligatoria), en cambio, como ya advertíamos, no excluyen la legitimación para realizar actos dispositivos. No hay, por tanto, identidad en el régimen jurídico aplicable. Sobre la cuestión, vid. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 33 a 39. Distinguiendo ambas figuras, también de interés, GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, cit., pp. 46 y ss.

⁸³¹ Como señalara INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 322, al diferenciar entre privación y limitación de capacidad de obrar y de legitimación refiere: «*L'esclusione e la limitazione della capacità sono di regola stabilite per il vantaggio del soggetto. (...) Invece l'esclusione e le limitazioni della legittimazione sono stabilite nell'interesse di terzi*».

⁸³² Para la delimitación de la legitimación en el ámbito sustantivo, vid. *infra* Capítulo V.

disposición, esto es, en la realización de aquellos actos en virtud de los cuales se transmite, grava, modifica o extingue un derecho subjetivo⁸³³. Esta privación total en el régimen de suspensión se traduce en la necesidad de dotar de legitimación a la

⁸³³ La delimitación entre actos de administración y de disposición no es sencilla y su distinción no es baladí por el dispar régimen jurídico aplicable (v.gr., autorización del juez *ex art.* 205 TRLC para los actos de disposición). En primer lugar, debe hacerse notar que el término acto debe ser entendido en sentido amplio, esto es, extensible no solo a actos de naturaleza negocial sino a cualquier otro acto con trascendencia patrimonial ya afecte a la masa activa ya al pasivo (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 358; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 16). En segundo lugar, en aquella delimitación se ha de analizar cada supuesto atendiendo, de un lado, a la naturaleza jurídica del acto, y, de otro, a la finalidad del mismo. Siguiendo a MARTÍNEZ FLÓREZ, con carácter general, son actos de administración los que siguen: aquellos orientados a la explotación y aumento de los bienes, así como a la percepción y utilización de sus frutos y productos atendiendo a su destino económico (se incluye la venta de bienes producidos por la empresa); y los que se dirigen a conservar y defender los bienes. De otro lado, son actos de disposición: los actos o negocios de enajenación o traslativos (v.gr., venta, permuta, donación); los actos o negocios de disposición que no implican una atribución patrimonial a otra persona (v.gr., condonación); y los actos o negocios de constitución de gravámenes o derechos reales (v.gr., hipoteca); los actos o negocios que impliquen modificación o transformación de los derechos reales (v.gr., segregación de una finca) o de crédito (v.gr., novación) -cfr. *ibidem*, pp. 167 y 168-.

Es también de interés determinar, por su indudable trascendencia jurídica, el alcance de las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial respecto a los contratos típicamente transmisivos. Al respecto, hallamos dos posiciones enfrentadas. De un lado, hay quien sostiene (MARTÍNEZ FLÓREZ, *ibidem*, pp. 169 y ss.) que, por cuanto en base al principio del título y el modo de nuestro Derecho la transmisión del dominio u otros derechos reales exige que el contrato vaya seguido de la *traditio* (art. 609 CC), la limitación de las facultades de administración y disposición patrimonial no impide la válida celebración de los contratos por el concursado (el título), que desplegará sus efectos típicos: obligación de entrega y pago de precio. Lo que no podrá hacer el deudor es, sin embargo, cumplir con la referida obligación de entrega (el modo). Ciertamente, el poder de disposición no es un requisito del contrato (del título) sino de la tradición (del modo). Se distinguen así dos planos: el obligacional, que no se ve afectado por la declaración de concurso; y el real, alterado con la limitación a la facultad de disposición con imposibilidad de efectuar la *traditio*. Evidentemente, lo expuesto solo es válido respecto a los contratos relativos a la propiedad u otro derecho real (v.gr., hipoteca, usufructo o uso). En cualquier otro caso en el que la celebración del contrato bastara para la transmisión (así en los sistemas de base consensualista), el deudor no podría celebrar el contrato en tanto que estaría contrariando la limitación de disposición impuesta (en nuestro sistema jurídico, en la disposición de derechos personales o de crédito; v.gr., venta de un crédito o cesión de derechos derivados de un arrendamiento).

En contra de esta opinión, aun reconociendo su validez dogmática, se ha dicho, a nuestro juicio con acierto, que la limitación a la facultad de disposición que contemplaba el art. 40 LC (actuales arts. 106 y ss. TRLC) restringe no solo la posibilidad de realizar actos con eficacia transmisiva sino también la facultad de realizar aquellos otros actos que constituyen el título justificativo de la transmisión o constitución de los derechos reales (cfr. DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración de concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», cit., pp. 67 y ss.; de la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, *ibidem*). Como ha referido este autor son varias las evidencias que corroboran tal afirmación. Destacaremos dos ellas con remisión al referido trabajo para el resto. En primer lugar, no concurre fundamento suficiente para excluir de la expresión legal «facultades de administración y disposición» la posibilidad de concertar contratos no inmediatamente transmisivos. A nuestro juicio, resulta más coherente entender que la fórmula comprende el ejercicio de toda facultad de contenido patrimonial al margen, por tanto, de que el contrato tenga o no tal eficacia. En segundo lugar, analizando la consecuencia de no concebir de este modo aquellas facultades se observa lo siguiente: si celebrar contratos que no exigen la *traditio* sobre bienes integrados en la masa activa no constituye un acto de disposición en los términos del art. 106 TRLC, forzosamente habríamos de concluir que se trata de una facultad que, en el régimen de suspensión, permanece en el deudor, y, por tanto, no operaría la “sustitución” a que alude el art. 106.2 TRLC (en intervención, quedaría al margen la administración concursal en la autorización de tales actos). Esto es, la administración concursal no podría celebrar este tipo de contratos, lo que no tiene encaje en el sistema.

administración concursal que “sustituye”, en deficiente técnica jurídica del art. 106.2 TRLC, al deudor en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial⁸³⁴.

Más discutible es considerar que resulta tal privación de legitimación del deudor en intervención. A lo sumo, se podría estimar una incidencia parcial de la declaración de concurso en tal legitimación. En estos escenarios, la repercusión de la aludida declaración en la relación entre el deudor y la masa activa es muy relativa: el titular conserva la legitimación precisando de la autorización de la administración concursal que se puede erigir en requisito de ineficacia del acto jurídico.

En el ámbito procesal se reproduce idéntica solución en torno a la legitimación. La prohibición de administración y disposición afecta, con distinta intensidad según el régimen decretado, al ejercicio de la acción del deudor y al resto de actos de disposición del objeto del proceso.

En efecto, el derecho de acción del deudor es acotado, con dispar grado, una vez es declarado el concurso⁸³⁵. En el régimen de suspensión opera, de una parte, una restricción absoluta con atribución exclusiva de legitimación a la administración concursal para su ejercicio (art. 120.1 y 2 TRLC)⁸³⁶, y, de otra, relativa, en lo que afecta a las «acciones de índole personal», en las que el concursado precisa de autorización del administrador o administradores para la interposición de demandas y recursos (art. 120.3 TRLC). En el régimen de intervención, exclusivamente respecto a las cuestiones con trascendencia patrimonial, la anuencia de la administración concursal se erige en presupuesto para la válida interposición de demandas y recursos (arts. 119.1 TRLC).

⁸³⁴ Sobre el manejo de la sustitución, vid. *infra* Capítulo V.

⁸³⁵ De los ordenamientos jurídicos foráneos consultados, exclusivamente Uruguay, en su Ley de concurso y reorganización empresarial (Ley n° 18.387), contempla que la «sentencia judicial que declare el concurso del deudor deberá contener: (...) 2) Suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, según corresponda». A este respecto, vid. arts. 45 y ss. de la referida Ley donde se concretan los efectos en la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.

⁸³⁶ A diferencia de lo que ocurría en el art. 54.1 LC -«En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal»-, el art. 120 TRLC elude el término legitimación. Sin embargo, dada la configuración de las normas de legitimación en el TRLC y el empleo de este concepto en la misma norma, no parece que este silencio obedezca a una decisión meditada de técnica jurídico-procesal. Sobre la cuestión, vid. *infra* Capítulo VIII.

En lo que hace a los actos de disposición en sede procesal (allanamiento, desistimiento y transacción)⁸³⁷ se proyecta idéntico régimen jurídico. Para intervención, el art. 119.1 TRLC estatuye que la ejecución de cualquier acto de esta naturaleza por el concursado está supeditado a la autorización de la administración. En suspensión (vid. arts. 120.2 TRLC), en cambio, con excepción de los procesos civiles en los que se hagan valer pretensiones civiles (art. 120.3 TRLC), se dota al deudor de la posibilidad de intervención separada sin opción de disponer del objeto del proceso (arts. 121 TRLC)⁸³⁸, y con audiencia en relación a la solicitud de autorización elevada al juez por la administración concursal para disponer del objeto en los procesos iniciados antes de la declaración de concurso (art. 120.4-I TRLC)⁸³⁹.

En definitiva, en sede procesal, en hipótesis de suspensión, el deudor pierde la legitimación; no así en intervención, donde la legitimación radica en el concursado, sin perjuicio de la necesaria aprobación del administrador o administradores concursales para interponer demandas, recursos o realizar aquellos actos de disposición del objeto del proceso que repercutan en la masa activa⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Sorprende el silencio respecto a la renuncia (arts. 19.1 y 20.1 LEC). Algún autor ha sostenido, al menos respecto al régimen de suspensión, que los mismos argumentos que justifican la necesidad de autorización judicial por parte de la administración concursal para desistir o allanarse son aplicables a la renuncia de la acción. En este sentido, vid. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 501.

⁸³⁸ Sobre la cuestión, *in extenso*, vid. Capítulo VIII.

⁸³⁹ Nada se prevé, en cambio, respecto a los procesos nuevos de índole patrimonial que se hubieren instado tras la declaración.

⁸⁴⁰ De esta opinión, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 325 y ss., especialmente, pp. 327 y 328. Refiere la existencia de una pérdida de la legitimación procesal, que parece extender a ambos regímenes, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., p. 151.

Respecto al régimen de quiebra y antiguo concurso de acreedores, ya referían la concurrencia de una pérdida de la legitimación del quebrado y concursado, entre otros, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª reimpresión de la 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 181; MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997, pp. 111 a 113; y RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1997, p. 30.

CAPÍTULO V

LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

CONCURSAL EN RELACIÓN AL

DESAPODERAMIENTO

1. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y SUS PRINCIPALES COMETIDOS EN EL CONCURSO

La tutela a la que sirve el proceso concursal deviene imposible sin la destacada participación de la administración concursal. La complejidad asociada a la situación de insuficiencia patrimonial y la general incapacidad de satisfacción de los acreedores exige una actividad de variada y diversa naturaleza. En su realización, la administración concursal, en estrecha colaboración con el órgano jurisdiccional, cumple un cometido de innegable trascendencia. Como revelara la EM (IV, párr. 3º) de la LC: «sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento (...). La reducción de los órganos concursales tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias».

Entre el vasto elenco de quehaceres otorgados a la administración concursal, destacan muy significativamente: el régimen de cuasi-monopolio en la gestión del patrimonio concursal, o su control en el régimen de intervención, y en el ejercicio de las facultades extraordinarias que habilitan su reconstitución⁸⁴¹; la elaboración de informes, especialmente el contenido en los arts. 290 y ss. TRLC y los documentos que han de acompañarlo (art. 293 TRLC); y la relevante misión que le es conferida en la fase de liquidación, con la confección del plan de liquidación, la realización de los bienes del haber concursal -junto al letrado de la administración de justicia- y el pago a los acreedores en el orden establecido legalmente.

El título o aptitud jurídica de que goza la administración concursal para realizar actos con plena eficacia en el patrimonio del concursado ha sido una cuestión profundamente debatida en la doctrina patria y foránea. Y de igual modo su posición jurídica, fuertemente influenciada por la tesis sostenida en torno a la naturaleza jurídica del desapoderamiento. A su estudio dedicaremos los epígrafes que siguen.

⁸⁴¹ Sobre las cesiones a este régimen monopolio, vid. nota al pie 104.

2. EL APODERAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

2.1. La investidura previa del órgano jurisdiccional y la atribución de poderes *ex lege* con el nombramiento

La sujeción del patrimonio concursal para atender la responsabilidad contraída justifica la presteza con que el auto produce sus efectos característicos; «de inmediato (...) y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme» reza el art. 32 TRLC. Esto se traduce en que, como ya referíamos en otro pasaje, todos los pronunciamientos contenidos en el mismo auto desprenden sus efectos desde el mismo momento en el que se dicta aquel, sin interferencia alguna ni tiempo de espera derivado de la falta de firmeza.

Por la función que cumple el desapoderamiento del deudor en su esfera patrimonial parece lógica la urgencia descrita⁸⁴²; también que, de manera correlativa, devenga efectivo el apoderamiento de la administración concursal. Aparentemente, el desapoderamiento del deudor y el apoderamiento del administrador o administradores operan como fenómenos simultáneos⁸⁴³.

Lo expuesto, sin embargo, no es exacto. De admitirlo estaríamos obviando que la expectativa de satisfacción de los acreedores en actuación de la responsabilidad contraída es otorgada, en primer término, al órgano jurisdiccional. Recuérdese que la declaración de concurso lleva consigo un *status subiectionis* al órgano jurisdiccional, investido por el Estado para la actuación de las medidas predispuestas legalmente en la solución concursal.

⁸⁴² En esta dirección, adquiere pleno sentido la interpretación de que los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor operan desde el mismo momento en el que se dicta el auto de declaración de concurso y al margen de la posterior publicación prevista en el TRLC (arts. 35 a 37 y 552 y ss.). De la misma opinión, en relación a la LC, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 22; MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., p. 141; y, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 232.

⁸⁴³ Así lo ha entendido tradicionalmente la doctrina clásica en relación a los regímenes del sistema precedente a 2003, fundamentalmente, la quiebra. Entre otros, vid. POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., pp. 371 y ss.; GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd"*, cit., pp. 176 y 177; y ESCOBEDO DUATO, *La quiebra de la "Barcelona Traction"*, cit., p. 110, si bien en p. 113 matiza esta afirmación atribuyendo el correlativo apoderamiento, tras el desapoderamiento del deudor, al órgano jurisdiccional.

La potestad jurídica, como elemento abstracto, ya recae en el juez del concurso por mor de la función jurisdiccional que le es atribuida. Y es precisamente con el auto de declaración de concurso, una vez verificados los presupuestos que justifican la constitución de la nueva situación jurídica, cuando se concreta el poder del órgano jurisdiccional en orden a desarrollar la actividad encomendada legalmente sobre el patrimonio concursal.

Es así que, con el dictado del auto de declaración de concurso se exterioriza la potestad pública del órgano jurisdiccional conferida por el ordenamiento jurídico, pero este poder, forzosamente, se ha adquirido en un momento anterior a aquel en que se produce la sujeción⁸⁴⁴.

En esta investidura previa del juez del concurso se halla la génesis del desapoderamiento del deudor y la atribución de facultades a la administración concursal por un mandato *ex lege*. En efecto, el dictado del auto de declaración de concurso y la delimitación del objeto sobre el que incide la potestad jurisdiccional engendra el requisito subjetivo-objetivo exigido para que los actos del órgano jurisdiccional tengan plena eficacia en el patrimonio del deudor. Pero, asimismo, habilita la actividad de la administración concursal, cuyo poder deviene efectivo con la aceptación del nombramiento contenido en aquella resolución (art. 28.1.4º TRLC).

⁸⁴⁴ Como advertíamos *supra*, si el auto de declaración de concurso entraña la sujeción patrimonial descrita a los fines del proceso concursal, indudablemente el órgano jurisdiccional debe contar en un instante anterior con la potestad pública que permite realizar actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor. Esta no constituye una simple posibilidad jurídica de obrar sino una potestad jurídica, en terminología de INVREA («Possibilità giuridica e legittimazione», cit., pp. 313 y 314), por la que se inviste al órgano jurisdiccional para actuar con plena eficacia sobre la esfera jurídica de aquel.

La potestad jurisdiccional es el título jurídico que permite describir, de manera completa, el poder que ejerce el juez en el proceso concursal. No es preciso mayor detalle ni fórmula alternativa para explicar la variada actividad judicial que despliega el juez en el concurso. Atrás quedan los esfuerzos doctrinales para desvelar el título en virtud del cual el órgano jurisdiccional resultaba habilitado para la realización de actos con plena eficacia en la esfera jurídica del deudor. Las discusiones, especialmente prolijas respecto a la venta judicial, aunque válidas en una suerte de teoría general, llevaron consigo la aparición de meritorias construcciones. Entre otras, la tesis de la representación, sostenida por CARNELUTTI, primero en la denominada «representación genérica» -vid. *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, vol. II, cit., pp. 221 y ss.-, y, posteriormente, desarrollando con matices la anterior, con la «sustitución material del juez u órgano ejecutivo, o de representación legal del órgano ejecutivo» -vid. *Instituciones del Proceso Civil* (traducción SENTÍS MELENDO), vol. III, Buenos Aires, 1960, pp. 35 y 36-, con crítica de PUGLIATTI (en «Vendita forzata e rappresentanza legale», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 297 y ss.; también de interés, «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 418 y 425 y ss.); y la tesis de la legitimación (vid. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., pp. 318 y ss.; y, destacadamente, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 90 y ss., que aludía a una sustitución, elaborada en la teoría general del derecho y, por tanto, no la propia de la teoría de las partes del ámbito procesal, que aplicaba a los negocios jurídicos y su eficacia; especialmente crítico con esta tesis, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, cit., pp. 73 y ss.). Estas construcciones están hoy superadas.

El origen del poder del administrador concursal se halla, pues, en el nombramiento del juez: su actividad es legítima dada la referida investidura previa procedente del órgano jurisdiccional por habilitación legal.

Ahora bien, esta atribución al administrador o administradores que emana del aludido auto no se adquiere en virtud de un acto de delegación de la potestad pública o mandato necesario del órgano jurisdiccional, sino en concesión de un título propio conferido *ex lege* con el nombramiento.

Nótese que solo se puede delegar lo que se tiene y en calidad de lo que se tiene. Y las facultades conferidas legalmente a la administración concursal exceden, por su variedad y naturaleza, de aquellas que son otorgadas al órgano jurisdiccional.

La administración concursal no solo ejecuta actos de disposición sobre el patrimonio del deudor -v.gr., en el régimen de suspensión *ex art.* 106.2 TRLC, y, sin excepción, con la apertura de la liquidación- en relación a los cuales todavía se podría sostener cierta identidad en el poder conferido. Igualmente asume importantes cometidos en la esfera negocial (arts. 157 y ss. TRLC), en el ejercicio de acciones extraordinarias nacidas *ex novo* con la constitución de la situación jurídica concursal y orientadas a la reconstitución patrimonial (arts. 131, 132, 231 y 461 TRLC), o en la interposición o continuación de acciones originalmente del concursado de índole no personal (arts. 119.2 y 120 TRLC).

Todos estos quehaceres, y otros tantos, son difícilmente reconducibles a un poder obtenido del órgano jurisdiccional por delegación⁸⁴⁵ o por mandato⁸⁴⁶.

⁸⁴⁵ Como órgano delegado del juez es definido por GÓMEZ MARTÍN, *Administración concursal*, CISS, Valencia, 2004, p. 103; MÁRQUEZ LOBILLO, «Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 1393; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, cit., p. 352; y, para el desempeño de algunos cometidos (v.gr., elaboración de la lista de acreedores), PRADA GAYOSO, «La administración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, p. 103.

Esta configuración de la administración concursal como órgano delegado del juez puede obedecer a una reminiscencia de la consideración como tales de los interventores judiciales en la suspensión de pagos. De este modo, fue sostenida por algunos autores, entre otros: VACAS MEDINA, «La reforma del Derecho concursal español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8 (ejemplar dedicado a Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal), 1985, p. 73; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., pp. 121 y 122; y LÓPEZ SÁNCHEZ, *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999, p. 642. En la jurisprudencia, vid. STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8643).

⁸⁴⁶ Respecto al administrador judicial en la ejecución individual, en sentido contrario, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., pp. 493 y ss. para el que el administrador actúa por delegación del órgano jurisdiccional: «No se trata aquí, contra lo que pudiera creerse, que reciba del Ejecutor un poder

Debemos admitir, pues, que la administración concursal actúa en virtud de un título exclusivo, que, por lo demás, permite reconocerle, en el ejercicio de determinados cometidos, una posición propia y distinta a la del órgano jurisdiccional.

2.2. La sujeción de la administración concursal al juez del concurso

Con carácter general, el juez y la administración concursal procuran la satisfacción de un mismo interés. Ambos órganos son puestos por el Estado -el órgano jurisdiccional de manera directa y la administración concursal indirectamente a través del primero-, para asegurar, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, el recto cumplimiento y control de los mandatos contenidos en el TRLC.

La injerencia del órgano jurisdiccional y de la administración concursal en el patrimonio del deudor se justifica así sobre la base de un mismo fundamento: alcanzar los fines del concurso. Y tal satisfacción no se puede actuar de cualquier modo; entrambos están sometidos a la ordenación legal establecida y, aunque concurren ciertos márgenes de discrecionalidad, la toma de decisiones, en un elevado número de ocasiones, atiende al denominado interés del concurso.

Lo afirmado, empero, exige algunas observaciones más para trazar de manera ajustada la distinta posición que uno y otro ocupan en el concurso.

La relación entre el órgano jurisdiccional y la administración concursal no es lineal y horizontal, es decir, no se hallan en igual plano⁸⁴⁷. En efecto, aunque desde el punto de vista competencial, la administración esté dotada de cometidos propios, gozando en su ejercicio de autonomía, el órgano jurisdiccional goza de una posición jurídica *super partes*. Esto es, se ubica en un plano de superioridad o preeminencia⁸⁴⁸ en aras a hacer valer la potestad de dirección procesal que le es atribuida.

del que éste carece, sino de que, el titular del órgano jurisdiccional, por la misma naturaleza de su actividad normal, sólo puede realizar los actos de disposición de carácter negocial, mientras que los demás, no por falta de poder sino por carencia de aptitud material para la actividad, los delega en persona que, como el administrador, pueda llevarlos a cabo independientemente y con efectividad» (p. 495).

⁸⁴⁷ En contra, al negar que el juez ostente una relación de supremacía respecto a los demás sujetos del proceso, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», cit., pp. 375 y 376.

⁸⁴⁸ Reconoce esta preeminencia, entre otros, YANES YANES, «La administración concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003* (Dir. GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Dilex, Madrid, 2003, pp. 230 y 231. Asimismo, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 337 y ss., que descarta, en cambio, con pleno acierto, que podamos hablar, en sentido técnico-jurídico, de una relación de jerarquía. Refiere la existencia de dependencia PRADA GAYOSO, «La administración concursal», cit., p. 59; en este sentido, en la jurisprudencia, AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª), de 31 de marzo de 2008 (AC 2008, 1649).

Resulta razonable que así sea si se repara en que el juez es el órgano rector del proceso concursal y la potestad jurisdiccional otorgada no se limita a juzgar sobre la declaración de concurso. Una vez constituida la situación jurídica de concurso, este asume la garantía última del íntegro desempeño de las prescripciones impuestas en el TRLC⁸⁴⁹.

De manera general, la sujeción de la administración concursal al órgano jurisdiccional se infiere si se observa la expresa declaración de subordinación en el desempeño del cargo (art. 82 TRLC), la admisible atribución de competencias individualizadas en caso de administraciones concursales bimembres (art. 81.2 TRLC) y las amplias posibilidades de separación de los administradores, ejercitables incluso de oficio (art. 100 TRLC)⁸⁵⁰. Pero de igual modo se deduce si se atiende, concretamente, a las previsiones de autorización (v.gr., arts. 114, 119.2, 120.4 y 205 TRLC) y aprobación judicial (v.gr., arts. 389 y 419 y 420.3 TRLC), información (v.gr., arts. 292 y 424 TRLC) y rendición de cuentas contemplados en la TRLC (v.gr., arts. 102, 395.2, 478 a

⁸⁴⁹ La potestad ordenatoria atribuida al juez del concurso no es común. Por cuanto el concurso no alberga una única petición de tutela, sino un cúmulo heterogéneo de pretensiones, y se prevé una actividad más variada y compleja, orientada a la ordenación patrimonial y búsqueda de la solución más conveniente -convenio o liquidación- para los intereses en juego, se refuerza la potestad de dirección procesal del órgano jurisdiccional. De este modo lo establecía la EM (IV, párr. 3º) de la LC: «la ley configura al juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le corresponderían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones»; tal discrecionalidad, continúa la EM (IV, párr. 8º): «contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso».

Esta potestad de dirección no se limita a ordenar el cumplimiento de lo contenido en la resolución jurisdiccional constitutiva de la situación jurídica concursal. Se trata de una potestad mucho más amplia. De un lado, se extiende a controlar, de manera efectiva, que los mandatos instrumentales comprendidos en el TRLC y dirigidos a la administración concursal y al deudor se satisfacen; se dota para ello al órgano jurisdiccional de concretos instrumentos que permiten asegurar la actividad prevista legalmente (v.gr., separación del administrador concursal o revocación del representante de la persona jurídica *ex* art. 100 TRLC; cambio de régimen de intervención a suspensión *ex* art. 108.1 TRLC; colaboración e información del deudor *ex* arts. 135, 394.2 y 400 TRLC; supervisión de la administración concursal y elaboración de informes *ex* arts. 82, 347 y ss. y 424 TRLC). De otro lado, se le atribuye un complejo de decisiones dirigidas a adaptar esta actividad preparatoria a las necesidades del concurso (v.gr., régimen de suspensión o intervención de las facultades de administración y disposición patrimonial *ex* art. 106 TRLC), a decretar su suspensión (v.gr., cuando no hay bienes suficientes para satisfacer los créditos contra la masa *ex* art. 249, 250 y 473 TRLC), a resolver sobre la solución del concurso planteada (convenio o liquidación *ex* arts. 388 a 392 y 415 a 422, entre otros) y a decidir sobre la conclusión del concurso (por concurrir cualquiera de las causas del art. 465 TRLC).

De este modo, se asegura un mínimo control jurisdiccional orientado a preparar la actuación acertada y justa de las medidas predispuestas legalmente, con potestad de ordenar el inicio de la actividad y hacer efectivo el cumplimiento de los mandatos del concurso.

⁸⁵⁰ Como es lógico, el juez no puede revocar *ad nutum* a los administradores concursales: se exige la concurrencia de una justa causa (art. 100.1 TRLC). Ello se concreta en la existencia de una circunstancia fáctica, en base a la cual el órgano jurisdiccional deduzca que el administrador concursal no está en disposición de cumplir adecuadamente los cometidos atribuidos al órgano. Sobre la cuestión, vid. TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 37», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 745.

480 TRLC). De una lectura conjunta de estos preceptos, se infiere que el órgano jurisdiccional goza de una potestad de supervisión permanente respecto a la actividad del administrador o administradores concursales⁸⁵¹.

La administración concursal presenta, sin embargo, un carácter bifronte. Su actuación en el procedimiento y su relación con el órgano jurisdiccional es desigual atendiendo a la concreta actividad: como parte procesal, haciendo valer pretensiones u oponiendo resistencias, o como órgano técnico, en desarrollo de cometidos instrumentales.

Como parte procesal (art. 509 TRLC), en los concretos incidentes y recursos, la administración concursal actúa, respecto al juez, a un nivel equivalente al que disfrutan el deudor y el resto de partes. El ejercicio de sus cometidos en sede procesal (v.gr., arts. 109, 131, 132, 120, 166 a 168, 231 y 238, 197.2, 239.2, 297 y ss., 311.4, 382.1, 384, 395.3, 544 y ss., 551.2 y 558.2 TRLC) le exigen conservar una posición autónoma, en defensa del interés del concurso⁸⁵², y en contraposición a las partes con las que pleitea en igualdad de armas.

En este sentido, aunque la atribución de parte no riñe con su condición de órgano del concurso, la administración concursal se desprende de la autoridad que le es conferida con carácter general⁸⁵³, para desplegar una actividad procesal en igualdad de condiciones. Como parte, cuando interviene en incidentes y recursos, ha de integrar su capacidad de postulación, y, por tanto, ir asistida de letrado (art. 511 TRLC)⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ En todo caso, debe destacarse que el control o supervisión no se articula como mecanismo para influir en las actividades que desarrolle el órgano gestor, sino para garantizar que los cometidos atribuidos se están desarrollando de manera adecuada.

⁸⁵² Localizamos, empero, algunos supuestos en los que los administradores concursales no actúan en interés del concurso sino en defensa de sus propios derechos e intereses. Al respecto, vid. nota al pie 114.

⁸⁵³ En este sentido, VEGAS TORRES, «El proceso concursal y sus sujetos», *Derecho Procesal Civil. Proceso concursal. Arbitraje* (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 34.

⁸⁵⁴ No precisa, en cambio, procurador, excepcionando así la regla general dispuesta en el art. 23.1 LEC. Como ha señalado SENÉS MOTILLA en relación a la LC, predicable igualmente respecto al TRLC, la norma concursal extiende a la administración concursal el régimen de representación y defensa de las Administraciones Públicas con fundamento en su consideración orgánica (arts. 551 LOPJ y 1 y 2 Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), imponiendo la intervención de abogado en aras a garantizar la igualdad de partes -en «Comentario al artículo 184», cit., pp. 2741 y 2742-.

Esta actividad confronta con aquellas otras funciones propias que son conferidas como órgano técnico⁸⁵⁵. Así, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial (arts. 106.1 y 2, 126, 204, 322 y 413.1 TRLC), en la autorización o convalidación de determinados actos del deudor (arts. 109.1, 112, 119.1 y 120.3 TRLC), en la evacuación de informes y memorias (arts. 82, 102, 290 y ss., 347, 395.2, 448, 468.5, 477, 478 y 507 TRLC), en la realización de comunicaciones (arts. 252 a 254, 289, 294.2, 304, 349.1, 424.2 y 468.5 TRLC) o en la negociación con los representantes de los trabajadores de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado (arts. 114.2, 171.1 y 418.2 TRLC). En estas actuaciones, el administrador o administradores actúan por sí mismos, sin necesidad de comparecencia en forma ni asistencia de letrado (arts. 509 y 511 TRLC), en instauración de un régimen flexible que facilita la actuación directa y la colaboración con el órgano jurisdiccional.

3. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

3.1. El carácter público o privado de la administración concursal

En la doctrina patria, la naturaleza privada del órgano de administración es una cuestión generalmente admitida⁸⁵⁶. Las principales razones esgrimidas se ubican, de un lado, en las condiciones y origen del profesional o profesionales (liberales) que integran este órgano; de otro, en el carácter privado de los intereses cuya satisfacción inmediata atiende la administración concursal.

⁸⁵⁵ Como órgano auxiliar del juez lo califican, entre otros, DE LA CRUZ BÉRTOLO, «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, p. 531; HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, p. 201; y LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, cit., p. 352. En la jurisprudencia, entre otras, AJM nº 1, de 5 de febrero de 2010 (JUR 2010, 347243).

⁸⁵⁶ Por todos, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 89. Asimismo, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ/TIRADO MARTÍ, «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 117 a 119, nota al pie 54; y GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», *La liquidación concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 162.

No podemos obviar, sin embargo, la convergencia de argumentos que dotan al administrador concursal de un destacado cariz público⁸⁵⁷.

De partida porque una encomienda como la atribuida a la administración concursal, en estrecha colaboración con el órgano jurisdiccional y bajo su control, es generalmente concedida a órganos integrados en la estructura del propio Estado. De hecho, surgen notables paralelismos en la posición jurídica que ocupa la administración concursal con otras figuras reconocidas en nuestro ordenamiento; más cercanas, como puede ocurrir con el letrado de la administración de justicia en la ejecución civil, a quien se confía la realización de los actos necesarios para el cumplimiento del despacho ordenado por el juez *ex art. 551 LEC*, o más lejanas, como la de la Administración penitenciaria, a quien se confiere la actividad ejecutiva penal relativa al cumplimiento de las penas privativas de libertad decretadas por el órgano jurisdiccional.

Idéntica conclusión alcanzamos si atendemos, en segundo lugar, a las labores que son otorgadas a la administración concursal. En este sentido, es posible trazar notables semejanzas con aquellos que acometen funciones públicas o colaboran como personal auxiliar en su ejercicio. De esta suerte acontece en la fase común, respecto al administrador judicial designado en caso de embargo de empresas, acciones o participaciones sociales (art. 630 a 633 LEC), en relación a la gestión patrimonial atribuida; en la fase de liquidación, con el letrado de la administración de justicia, donde se lleva a cabo un quehacer semejante al desempeñado por este en la ejecución (art. 551 LEC y concordantes); y, en la fase de calificación, con el Ministerio Fiscal, que en rigor coadyuva, de manera muy similar, la protección del interés general, y, concretamente, la salvaguarda del tráfico civil y mercantil con reproche de la conducta antijurídica del deudor o sus administradores (arts. 441 y ss. TRLC)⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ Como órgano público es considerado en otros ordenamientos jurídicos. Entre los sistemas de corte continental, el paradigma en la atribución de naturaleza pública al órgano de administración concursal lo constituye el ordenamiento italiano que configura al *curatore* como *pubblico ufficiale* (art. 30 Legg. Fall.; art. 127 *Codice della crisi d'impresa*), integrante del *ufficio fallimentare*.

En los sistemas de *Common Law* esta nota pública se erige en una característica más arraigada. En efecto, si bien aparecen órganos de naturaleza privada -de este modo ocurre con el *Insolvency Practitioner* o con el *Administrative Receiver* en Inglaterra; o con el *Brankruptcy trustee* en Estados Unidos- igualmente identificamos órganos que están adscritos como funcionarios públicos a distintos Departament del Estado. De este modo sucede con el *Official Receiver* en el sistema inglés o con el *US Trustee* en el modelo americano. Sobre esta materia, vid. *infra* nota al pie 870.

⁸⁵⁸ En este sentido, respecto a la administración concursal, señala PRADA GAYOSO, «La administración concursal», cit., p. 61: «destaca la naturaleza pública de su función por lo que puede

Refuerza esta dimensión pública, en tercer lugar, como lógico desenlace de lo anterior, el estatuto jurídico con que el legislador dota a esta figura. Consecuencia de los cometidos que le son atribuidos, el régimen jurídico aplicable está revestido de ciertas garantías de independencia, imparcialidad, y, en definitiva, desinterés objetivo, similares a las otorgadas para aquellos que ejercen funciones públicas⁸⁵⁹.

Con carácter general, de este modo se infiere del elenco de incompatibilidades y prohibiciones previsto en los arts. 64 y 65 TRLC, y del régimen de recusación *ex* arts. 72 a 74 TRLC que permite su materialización a instancia de parte. Por expresa previsión legal (art. 73 *in fine* TRLC), además, resultan de aplicación al administrador concursal las causas de recusación de peritos previstas en la LEC.

Asimismo, el TRLC reubica la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa (art. 208) entre las reglas comunes aplicables en el concurso, con extensión de este ecuánime proceder respecto a cualquier acto de enajenación, reforzando la rectitud que ha de presidir su actuación y la apariencia de legalidad que les es exigible en el desempeño de cometidos liquidatorios. A ello se adiciona la existencia de un cuadro de garantías más reforzado en la fase de liquidación, que opera como contrapeso a las amplias competencias que, en este estadio del proceso, le son conferidas⁸⁶⁰. Así, el deber de informar trimestralmente sobre el estado de las operaciones de liquidación (art. 424) y de elaboración de un informe final justificativo (art. 468), con separación por prolongación indebida de la actividad liquidatoria (arts. 427 y 428).

Pero no solo eso. Más allá del régimen de responsabilidad civil propio de los arts. 94 y ss. TRLC, el reproche previsto legalmente ante ilícitos penales cometidos por la administración concursal es el contemplado para los funcionarios públicos. Téngase en cuenta que, a los efectos de aplicación del Código Penal (en adelante, CP), se considera funcionario público a «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por

considerarse como un órgano especial de tutela, con funciones próximas a las que corresponden al Ministerio Fiscal».

⁸⁵⁹ Vid. en este sentido, la SJM nº 6 de Madrid, de 26 de febrero de 2008 -consultada en BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (dirs.); LÓPEZ APARCERO (colaborador), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 288-.

⁸⁶⁰ Sobre la cuestión, en relación a la LC, vid. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», cit., pp. 162 y ss.; y TOMÁS TOMÁS, «La administración concursal y la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa. Aspectos controvertidos en relación al artículo 151 de la Ley Concursal», cit., pp. 543 y ss.

elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas» (art. 24.2 CP).

De este modo, junto a los delitos contra el patrimonio -estafa (arts. 248 y ss. CP), aprobación indebida (arts. 253 y ss. CP), alzamiento de bienes (art. 257 CP) e insolvencias punibles y (arts. 259 y ss. CP)⁸⁶¹-, el administrador concursal puede incurrir en falsedad documental (arts. 390 y ss. CP), infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos (arts. 413 y ss. CP), cohecho (arts. 419 y ss. CP; cfr. art. 423 CP), malversación (arts. 432 y ss. CP; cfr. art. 435.4º CP)⁸⁶², abuso en el ejercicio de la función para la realización de negociaciones y actividades prohibidas (arts. 439 y ss. CP; cfr. art. 440 CP)⁸⁶³, e, incluso, prevaricación, en su modalidad de retardo malicioso de la Administración de Justicia (art. 449 CP); delitos todos ellos destinados a sujetos activos que actúan en calidad de autoridad o funcionario público⁸⁶⁴.

Junto a los motivos expuestos, dos circunstancias más refuerzan la vocación pública de esta figura.

De un lado, como una manifestación más de la descrita sujeción y dependencia, el nombramiento y el cese del administrador concursal es atribuido al órgano jurisdiccional.

⁸⁶¹ Junto a los tipos penales expuestos pueden resultar de aplicación otros; v.gr., arts. 290 a 297 CP (delitos societarios), arts. 305 a 310 CP (delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social), y arts. 311 a 318 CP (delitos contra los derechos de los trabajadores).

⁸⁶² En rigor, como exponemos en la nota al pie que sigue, la malversación constituye en el régimen vigente un supuesto de administración desleal (art. 252 CP; incluidas las conductas omisivas *ex* art. 11 CP) cometido por autoridad o funcionario público sobre el patrimonio público.

⁸⁶³ Los tipos penales expuestos se engloban en el Título XIX del CP con rúbrica: «Delitos contra la Administración pública». Incluso, aunque más infrecuente, pueden resultar de aplicación los delitos de desobediencia y denegación de auxilio (arts. 410 y ss. CP), tráfico de influencias (arts. 428 y ss. CP) y fraude y exacciones ilegales (arts. 436 y ss. CP).

⁸⁶⁴ Pese a la ausencia en el TRLC de un precepto como el art. 625 LEC, destinado a la ejecución individual, la previsión penal descrita constituye una manifestación legal de que los bienes y derechos que integran el patrimonio embargable del deudor ostentan, desde la declaración de concurso, la consideración de efectos o caudales públicos. Así se corrobora con la lectura de la EM de la LO 1/2015, de 20 de marzo, por la que se modifica el CP (XV, párr. 8º): «La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público». Entre los mismos, vid. arts. 432 a 434 CP y las referencias al patrimonio público allí contenidos, extensibles «a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores» (art. 435.4º CP).

En lo que hace al nombramiento, el juez goza de posibilidades de libre designación en los concursos de gran tamaño⁸⁶⁵, previa justificación de su especial idoneidad para el desempeño del cargo (art. 62.2-I y II TRLC)⁸⁶⁶. El régimen vigente se halla, de esta suerte, lejos de la designación que, en el régimen de quiebra, era atribuida a la junta de acreedores respecto a la sindicatura (arts. 1044.7 CCom/1829, 1342 y 1346 LEC/1881), argumento empleado con frecuencia para enfatizar el carácter privado del órgano⁸⁶⁷.

Asimismo, la extinción o cese en el ejercicio del cargo, en recta coherencia con la atribución del nombramiento al juez, requiere de una resolución judicial. En rigor, por cuanto la liberación del cargo equivale a una exoneración de una función pública, se imposibilita que se produzca un cese sin consecuencias.

La separación, en los supuestos en los que concurre justa causa, puede ser acordada de oficio, o solicitada a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para instar la declaración de concurso; también por el otro miembro de la

⁸⁶⁵ Es justo evidenciar que, desde la entrada en vigor de la LC, y probablemente ante los temores de connivencias en la designación, se han introducido reformas tendentes a limitar la libertad en la designación de los administradores concursales por el juez. Sobre la cuestión, vid. TOMÁS TOMÁS, *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, cit., pp. 108 y ss., y «La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y su proyecto de reglamento», *Anales de derecho*, vol. 33, nº 1, 2015, passim. De igual interés, FUENTES DEVESA, «La designación por turno. La designación judicial», *La administración concursal* (Dir. ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO), Thomson-Reuters Civitas, 2016, pp. 183 y ss., con estudio de los sistema anterior y posterior a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

⁸⁶⁶ Según el art. 62.2-II TRLC: «el juez deberá motivar su designación atendiendo bien a la especialización o experiencia previa acreditada por el nombrado en el sector de la actividad del concursado, bien a la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales».

Asimismo, se concede libertad de designación al órgano jurisdiccional en los concursos de entidades de créditos y de entidades sometidas a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores entre aquellos administradores propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria y por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respectivamente (art. 574.1 y 3 TRLC).

⁸⁶⁷ Este nombramiento se producía en la primera junta general (art. 1044.7 CCom/1889) entre comerciantes y acreedores con derecho propio (arts. 1215 y 1346 LEC/1881). Esta realidad relativa al nombramiento y composición, unida al conjunto de funciones encomendadas, determinaba que un sector de la doctrina destacara su carácter privado. Entre otros, POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., pp. 46 y 47, y GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 78.

Enfatizaron la condición mixta, pública y privada, de los síndicos, entre otros, DE LA PLAZA NAVARRO, *Derecho Procesal Civil Español*, tomo II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 687 y ss., y TORRES DE CRUELLES, «Consideración procesal de los síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 162, 1958, pp. 285 y 286. Para ambos, aunque su naturaleza fuera privada, la función última atribuida perseguía asegurar, en provecho común, el patrimonio concursal, por encima incluso del resto de intereses y con tutela de Derecho Público.

administración concursal (art. 100.1 TRLC)⁸⁶⁸. Sin embargo, el cese del administrador lleva asociada, sin excepción, una completa rendición de cuentas (arts. 102 y 478 a 480 TRLC), manifestación del deber de transparencia e instrumento útil de control del órgano jurisdiccional, deudor y acreedores. A través de la rendición de cuentas, junto al informe que deba acompañar según el caso (art. 478.1), el administrador concursal debe justificar cumplidamente la utilización que ha hecho de las facultades conferidas, con detalle de la retribución fijada y cuantías percibidas y abonadas a terceros contratados (art. 478.2 TRLC), quedando sometido a un eventual proceso contradictorio (art. 479 TRLC).

En efecto, de ser formulada oposición razonada por el deudor o los acreedores en el plazo de quince días (art. 479.1 TRLC), se prevé su sustanciación por los trámites del incidente concursal (art. 473.3 TRLC; en defecto de oposición, el juez decidirá por medio de auto *ex art.* 473.2 TRLC). La desaprobación de la rendición de cuentas comporta la «inhabilitación temporal del administrador o administradores concursales para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años» (art. 480.1 TRLC)⁸⁶⁹, y, aunque no prejuzga la procedencia de una eventual y posterior acción de responsabilidad, se halla inevitablemente ligada a ella (art. 480.2 TRLC).

Finalmente, de otro lado, aunque la atribución de poderes extraordinarios se justifica en la satisfacción primera del interés del concurso -que aglutina el interés de los acreedores y el resto de intereses subjetivos privados que subyacen en el concurso-, no debe obviarse la existencia de un fin público orientado al restablecimiento del orden legal y la instauración de la paz social.

⁸⁶⁸ En caso de que sobrevenga algún tipo de causa impeditiva (v.gr., enfermedad), el art. 71.1 TRLC facilita la renuncia: «una vez aceptado el cargo, el nombrado solo podrá renunciar por causa grave o por haber perdido de forma sobrevenida las condiciones exigidas para ejercer el cargo».

⁸⁶⁹ Pese a la automaticidad que parece predicar la norma en cuanto a la inhabilitación una vez dictada la sentencia de desaprobación (art. 480.1 TRLC; derogado art. 181.4 LC), jurisprudencial y doctrinalmente se sostuvo que, si nadie instaba aquella, en virtud del principio dispositivo, no procedía su acuerdo por el juez -entre otras, vid. SAP de Álava (Sección 1ª) 156/2013, de 27 de marzo (Roj: SAP VI 127/2013); en la doctrina, a favor de esta interpretación, MAGDALENO, «La rendición de cuentas de la administración concursal», *La administración concursal* (Dirs. ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO), Thomson-Reuters Civitas, 2016, p. 496-. Las SSTs (Sala 1ª) 424/2015, de 22 de julio (Roj: STS 3438/2015), y 225/2017, de 6 de abril (Roj: STS 1387/2017) se pronuncia sobre la cuestión. Esta última refiere: «Conforme al art. 181.4, la desaprobación de las cuentas comporta la inhabilitación temporal del administrador concursal para ser nombrado en otros concursos. Se trata de una sanción legal asociada a la desaprobación de las cuentas, que debe aplicarse aunque no se haya solicitado. Eso sí, en estos casos, el período de inhabilitación será el mínimo legal, seis meses».

De este modo, aunque es irrefutable que no nos hallamos ante un órgano público integrado en la estructura del Estado -y sometido, por ende, a un régimen y relación jurídico administrativa-, la administración concursal asume cometidos cuyo fundamento también halla resguardo en la defensa del orden económico y la certidumbre del tráfico mercantil. Y esta doble razón de ser -privada y pública- fortalece la concesión de un título jurídico en cuya virtud la administración concursal puede realizar actos de diverso signo con eficacia inmediata en la esfera jurídica del deudor y mediata en la de los acreedores.

En definitiva, la naturaleza privada de la administración concursal no riñe con el desarrollo de ciertas funciones de marcado carácter público, con sujeción a un régimen y a un control que excede del propio de aquellos que acometen una actividad netamente privada.

En otros ordenamientos jurídicos no se ha seguido igual recorrido⁸⁷⁰. En contraposición con el modelo español, interesa resaltar destacadamente la solución ofrecida en Italia, donde el *curatore fallimentare* es considerado *pubblico ufficiale* (art. 30 Legg. Fall.; art. 127 *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*), desarrollando una actividad de naturaleza pública a los fines del concurso. El oficio, sin embargo, no solo es ejercido por el *curatore* sino por el *ufficio fallimentare* que, en su conjunto, tiene el originario poder de producir aquellas modificaciones que son necesarias para el cumplimiento de sus cometidos⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ Especialmente en los países del *Common Law*. En el complejo Derecho Concursal inglés (una síntesis de sus distintos procedimientos se puede encontrar en nuestro trabajo *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, cit., pp. 187 y 188, nota al pie 342), en los procesos de *Winding-Up*, en sus dos modalidades, el *Creditors Voluntary Winding-Up* y el *Compulsory Winding-Up*, los órganos de administración, el *Insolvency Practitioner* y el *Official Receiver*, respectivamente, constituyen órganos técnicos de elevado grado de especialización a los que se les exige superar determinadas pruebas objetivas de cualificación, siendo los segundos funcionarios públicos adscritos al *Insolvency Service* (dentro del *Department of Trade and Industry*).

En el caso de Estados Unidos, si bien el órgano de administración, el *Bankruptcy trustee*, goza de naturaleza privada, localizamos el *US Trustee*. Se trata de un oficial público de supervisión y vigilancia de los concursos que pertenece al cuerpo de funcionarios del departamento de justicia norteamericano y representa los intereses de los Estados Unidos. Sobre este, entre otros, vid. STANTON, «The United States Trustee System: a time for assessment», *Commercial Law Journal*, nº 90, 1985, p. 90; HESTON, «The United States Trustee: the missing link of bankruptcy crime prosecutions», *ABI Law Review*, nº 6, 1998, pp. 359 y ss.; y WIELEBINSKI y RUKAVINA, «An overview of the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Practice in the United States», *World Insolvency Systems: a comparative study*, Fonseca Lobo (editor), Thomson Reuters, Canada, 2009, p. 714.

⁸⁷¹ En este sentido, vid. SATTA, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 109 y ss.; BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., pp. 13 y 20; y DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984,

La integración del *curatore* como órgano del poder público obedece a las funciones que le son confiadas y el estatus de *pubblico ufficiale* es expresión de la *qualità* que ya ostenta⁸⁷².

Esta investidura, materializada por vez primera en la *legge fallimentare* de 1930 y seguidamente en la de 1942, era incluso conferida por algunos autores bajo el texto precedente (*Codice di Commercio* 1882)⁸⁷³, reflejo de la legislación histórica italiana y de la publicitación de los intereses de los acreedores que siempre la ha caracterizado⁸⁷⁴.

pp. 237 y 238. Para BRACCI, los poderes del *curatore* gozan de naturaleza jurisdiccional -explícitamente, pp. 13, 16, 17 y 31 del referido trabajo-

⁸⁷² Cfr. SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, Cedam, Padova, 1965, pp. 5 y ss.; en p. 6: «Appare dunque chiaro che non è l'attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale a conferire al curatore o ad altre figure l'impronta pubblicistica, ma sono le caratteristiche della figura stessa a determinare la qualità di pubblico ufficiale: a voler essere del tutto esatti, quindi, più che di "attribuzione di una qualifica", si deve parlare di riconoscimento di una qualità».

⁸⁷³ En este sentido, entre otros, NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. II, 2ª ed., Fratelli Bocca Editori, Milano, 1914, p. 272. Refiere el ejercicio de un "ufficio", FERRARA (SR.), «Patrimoni sotto amministrazione», cit., pp. 334 y ss. Tras la reforma de 1930, que ya incluye la consideración del *curatore* como *pubblico ufficiale*, vid. BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Foro italiano, Roma, 1932, pp. 208 y 209; y SILVESTRI, *Le gestioni coattive*, Giuffrè, Milano, 1941, pp. 98 y ss. Y bajo el texto de 1942, por todos, SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, cit., passim; asimismo, entre otros, DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», *Rivista di Diritto Processuale*, 1946, II, pp. 114 y ss.; BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., p. 13; PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 166 y 167; CASELLI, «Gli organi del fallimento: il curatore», *Giurisprudenza commerciale*, 1978, I, pp. 488 y ss.; DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», cit., pp. 237 y 238; FERRARA (JR.), *Il fallimento*, cit., pp. 273 y ss.; y SATTA, *Diritto Fallimentare*, cit., pp. 116 y ss.

Incluso se ha discutido si el *curatore* puede ser considerado *ufficiale di polizia giudiziaria*. Sobre la cuestión, con doctrina a favor y en contra, vid. TESCARO/ZACCARIA, «Commentario all'articolo 30», *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013, p. 188.

⁸⁷⁴ La identificación de los intereses de los acreedores con el interés público es una nota común de las legislaciones italianas de los siglos XIII a XVIII (vid. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Cedam, Padova, 1964, pp. 3, 4, 237, 313 y 322) que, pasando por el Codice de 1882 y las leyes de 1930 y 1942, se ha consolidado hasta nuestros tiempos.

Nótese, asimismo, el carácter público de los órganos de administración en los Estatutos del Medioevo. Como expusimos en nuestro trabajo *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, cit., pp. 25 y ss., en algunas regiones de Italia la competencia se atribuyó a los órganos jurisdiccionales (v.gr., al *giudice di petizion* y al *sopraconsole* en las normas venecianas, tempranas en su tiempo, contenidas en los Estatutos *dei giudizi di petizion* de 1244; aunque en otras ciudades del Veneto estas mismas funciones eran ejercidas por los *capi dei creditori*). En un momento posterior, en el resto de ciudades italianas, aparecieron órganos creados *ad hoc* para llevar a cabo las labores de administración y liquidación del patrimonio (v.gr., *sindici* en los estatutos de Florencia, Lucca y Bolonia; *deputati* en Siena y Génova; *ambasciatori* en Roma; y *economi* y *curatori* en las Constituciones Piamontesas de 1723). Algunos de estos órganos asumían funciones de carácter jurisdiccional que iban más allá de la mera gestión y liquidación. De esta suerte, se puede leer en ROCCO, *Il fallimento: teoria generale ed origine storica*, cit., 1962, p. 193: «Il loro carattere giuridico risulta piuttosto ambiguo: talora sono considerati come pubblici ufficiali; ma l'ingerenza dell'autorità nella loro nomina e nell'esercizio delle loro funzioni accentua quasi dovunque la natura pubblicistica del loro ufficio». Asimismo, vid. ROCCO, ibidem, pp. 189 y ss.; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 317 y ss.; y CASSANDRO, *La rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, cit., pp. 109, 110 y 127 y ss.

Destacando estos aspectos, de notable interés, SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, cit., pp. 9 y ss.

Como es lógico, esta cualidad de *pubblico ufficiale* tiene importantes repercusiones; entre otros, a los efectos de la aplicación de la *Legge penale* italiana -en todas aquellas normas cuyo ámbito se refiera al *pubblico ufficiale* (art. 357)-, o en la atribución de valor probatorio a los documentos por ellos expedidos -que trascienden el valor de documento privado-⁸⁷⁵.

3.2. Teorías en torno a la posición jurídica de la administración concursal

La administración concursal, junto al órgano jurisdiccional, promueve la actuación de las medidas predisuestas legalmente tras la declaración de insolvencia. Como manifestación de la sujeción al Estado, el administrador asume una actividad instrumental cuyo fundamento atiende a la reparación de la responsabilidad patrimonial contraída por el deudor.

Como venimos apuntando, esta actividad, compleja y de muy distinta naturaleza, deviene esencial⁸⁷⁶; tanto en la fase común, en aras a preparar y reconstituir el patrimonio concursal; como en las fases de convenio y liquidación, en orden a confeccionar el convenio o el plan de liquidación y proceder, en este último caso, al pago de los acreedores.

Ahora bien, el amplio elenco de funciones encomendadas, junto al carácter bifronte de la administración concursal en sus relaciones con deudor y acreedores, ha dificultado históricamente el esclarecimiento de su posición jurídica en el proceso concursal. En las páginas que siguen abordamos una exposición detallada de las principales construcciones formuladas por la doctrina, con estudio de sus bondades e inconvenientes en el régimen vigente.

⁸⁷⁵ Sobre estos extremos, vid. SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, cit., especialmente, pp. 113 y ss., y TESCARO, «Commentario all'articolo 30» con Zaccaria, *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 187 y 188. Asimismo, vid. nuestro trabajo, *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, cit., pp. 176 y ss. con la bibliografía allí referida.

⁸⁷⁶ Es por ello que la administración concursal es calificada, por algunos autores, como el motor del concurso. Entre otros, vid. TIRADO MARTÍ, «Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales», *Estudios de derecho judicial*, nº 59 (ejemplar dedicado a: La nueva ley concursal), 2004, p. 112. Ya respecto al síndico, DE SOTO CARNIAGO, «Algunas reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 3, 1984-1985, p. 371: «pieza maestra del sistema, motor económico del concurso».

3.2.1. La administración concursal como representante del deudor

En un primer estadio, la instauración de un régimen de administración y disposición patrimonial, dirigido a enderezar la situación jurídica de insolvencia, dota a la administración concursal de poderes extraordinarios orientados a asegurar la actividad previa y preparatoria de las soluciones concursales, conservando y acrecentando el valor del patrimonio objeto de afección.

Las restricciones patrimoniales al concursado, se erigen en una suerte de elemento ordenador cuya imposición lleva consigo, en el régimen de suspensión (art. 106.2 TRLC), la sustitución (sic) del deudor en la gestión del patrimonio concursal, y, en el régimen de intervención (art. 106.1 TRLC), al menos, la fiscalización de su actuación sobre la base de ciertos principios legalmente establecidos.

Dictado el auto de apertura de liquidación, se potencian estos poderes (art. 413.1 TRLC), con sustitución, sin excepción, del deudor, para la realización del activo y su posterior distribución.

Ambos regímenes, suspensión e intervención, en la fase que corresponda, constituyen, respectivamente, manifestación de la pérdida de legitimación del deudor o control de su actividad sobre el patrimonio objeto de responsabilidad, instrumentos al servicio del interés del concurso.

La declaración de concurso entraña, de este modo, un desplazamiento de los intereses en juego. Al margen de su eventual coincidencia con el interés del deudor, las relaciones jurídico-patrimoniales y el destino de los bienes y derechos que conforman la masa activa pasan a estar regidos por el abstracto concepto de interés del concurso. Esta transformación en el interés de las referidas relaciones jurídico-patrimoniales motiva la privación o limitación de la autonomía de la voluntad del deudor concursado y la instauración del nuevo régimen jurídico para la reconstitución, salvaguarda y, en su caso, distribución de la masa patrimonial.

De esta suerte, desde la constitución de la nueva situación jurídica y con la aceptación del cargo, la administración concursal se encarga de autorizar la adopción de decisiones patrimoniales del deudor y/o de ejercitar las facultades patrimoniales, negociales y procesales, y liquidatorias, con vinculación del patrimonio del deudor. Esta imputación de los efectos de la actividad del administrador sobre el patrimonio

concurzal, en los límites que determina la Ley, se ha procurado explicar desde los moldes de una relación representativa.

Desde el punto de vista técnico, *a priori*, puede resultar adecuado ubicar el fenómeno en el ámbito de la representación: la administración concursal actúa en nombre del concursado con plena eficacia de lo actuado en su esfera jurídica⁸⁷⁷.

Esta representación sería legal y no voluntaria. Ciertamente los poderes y facultades son conferidos en virtud de lo dispuesto en la Ley (v.gr., arts. 106 y ss., 113, 126 y ss., 119.2, 120, 165.1, 206 y 413 TRLC). Y aun cuando el nombramiento corresponde al órgano jurisdiccional, incluso consecuencia de la solicitud del deudor, el elemento determinante para la caracterización de la representación no está en el origen del nombramiento sino en el origen de sus poderes⁸⁷⁸.

En teoría, tampoco es preciso que nos hallemos ante una incapacidad de obrar para servirnos de la representación legal. Así parece comúnmente aceptado en la doctrina⁸⁷⁹, con evidencia de un supuesto en nuestro ordenamiento que así lo constata: la representación legal de ausentes (arts. 181 a 192 CC)⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Esta tesis, de origen alemán (*Schuldnervertretungstheorie*), ha tenido destacados adeptos en la doctrina, fundamentalmente civilista, patria y foránea. En Alemania, entre otros, JAEGER, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, 8ª ed., Berlín-Leipzig, 1932, p. 84, y en *Konkursordnung. Großkommentar* (edición preparada por HENCKEL), 9ª ed., ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1997, § 6-9, Anm. 5 y ss., pp. 174 y ss., con exposición de las distintas teorías y elenco bibliográfico de cada una de ellas; LENT, «Zur lehre von der Partei kraft Amtes», ZZZP, nº 62, 1941, pp. 129 y ss.; VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán* (trad. RAVÁ), vol. III, ed. Depalma, Buenos Aires, 1948, p. 99; LARENZ, *Derecho civil. Parte General* (trad. IZQUIERDO), ed. Edersa, Madrid, 1978, pp. 760 a 762; ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1981, t. I, vol. II, p. 460; y, entre los procesalistas, BERNHARDT, *Das Zivilprozessrecht*, 3ª ed., Berlín, 1968, § 19, I, p. 3.

En Italia, entre otros, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 9ª ed., Casa editoriale Dott. Eugenio Jovene, 1966, Napoli, p. 279, y ZAPPAROLI, *Introduzione ad uno studio sul "contradittore fallimentare"*, Giuffrè, Milano, 1962, passim.

En España, de esta opinión respecto a la sindicatura de la quiebra, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 14ª ed., vol. I, tomo 2, ed. Reus, Madrid, 1984, p. 870; DE LA CÁMARA, «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», *Escritos en homenaje al prof. De Castro*, I, Madrid, 1976, pp. 330 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I*, cit., p. 336; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, vol. 2, 10ª ed., Barcelona, 1989, pp. 445-446, y, destacadamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 371 y ss. Respecto a la administración concursal en el régimen instaurado con la LC, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 152 y 153, y «Comentario al artículo 40», cit., pp. 785 y 786.

⁸⁷⁸ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 373, nota al pie 92, respecto a la sindicatura, nombrada por los acreedores. En el régimen de la LC, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 25 y 26.

⁸⁷⁹ De este modo lo reconocen DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, p. 132; DE LA CÁMARA, «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», cit., p. 299; DÍEZ-

Ahora bien, el principal escollo al que se enfrenta la doctrina partidaria de esta tesis se ubica en el interés que persigue el administrador o administradores en su actividad. Como es sabido, con carácter general, la actuación del representante en interés del representado se erige en presupuesto *sine qua non* de la representación legal⁸⁸¹, cuestión difícilmente sostenible si se atiende a algunos de los cometidos que son otorgados a la administración concursal.

Este obstáculo se ha sorteado por distintas vías. Para algunos autores, en tanto la administración concursal coadyuva a la reordenación patrimonial para el posterior pago a los acreedores, en puridad, actúa en interés del deudor, con el fin de liberarlo de la responsabilidad contraída. Esta idea constituye el trasplante al concurso de la tesis italiana del “*agire per il bene-inteso interesse del debitore*”, construida en el campo de la ejecución individual para explicar la eficacia de la actuación del órgano jurisdiccional en la esfera jurídica del ejecutado⁸⁸².

Para otros, en cambio, la solución se halla en combatir aquel dogma: en la representación legal, el representante no siempre actúa en interés del representado sino en interés de quien señala la Ley. El elemento determinante se ha de ubicar, de este modo, no en el interés, sino en que la imputación de la actuación del representante recaiga sobre la esfera jurídica del representado⁸⁸³. Para estos autores, esta nota se corrobora en los supuestos de prodigalidad, donde el representante legal no parece

PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 285 y ss. En contra, DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», cit., p. 125, e, implícitamente, CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, cit., p. 85.

⁸⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 374; asimismo, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 26 y 27.

⁸⁸¹ En este sentido, entre otros, PUGLIATTI, «Vendita forzata e rappresentanza legale», cit., p. 297; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, 30ª ed., Cedam, Padova, 1989, p. 143; DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, cit., pp. 112 y ss.; DíEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 56 y 62, vid. pp. 51 y ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I*, cit., p. 298; y DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., pp. 555 y 556.

⁸⁸² Sobre tales intentos, fundamentalmente auspiciados por CARNELUTTI, vid. *supra*. En el concurso, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1939, pp. 173 y 174. En contra, DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», cit., p. 124 y ss.

⁸⁸³ En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 379 y 380, que argumenta que la idea de que el representante debe actuar en interés del representado es mantenida por la doctrina mayoritaria española pensando en la representación voluntaria y no en la legal. A favor de entender que la protección del interés no es nota distintiva del concepto de representación, entre otros, LARENZ, *Derecho civil. Parte General*, cit., pp. 760 y 761; VON THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, cit., pp. 7 y 99 y 100; y ENNECERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte General*, cit., pp. 429 y 461.

actuar en interés del pródigo sino de sus herederos, y, en cambio, no se discute su encaje en la representación legal⁸⁸⁴.

Esta tesis, superada en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, halló una renovada formulación en la tesis orgánica modificada o de la representación modificada (*modifizierte Organtheorie und modifizierte Vertretertheorie*) de SCHMIDT y SCHULZ⁸⁸⁵.

Según esta teoría, es preciso distinguir entre el concurso de una persona física y el de una persona jurídica: en la primera, el órgano de administración es un representante legal del deudor persona física; en la segunda, es un representante orgánico del deudor persona jurídica.

Esta construcción doctrinal parte de la idea de que las características de la persona en concurso exigen una adaptación funcional del órgano de administración. Y ello sobre la base de dos premisas. De un lado, la finalidad extintiva del concurso de la sociedad no presente en el concurso de persona física. De otro, la inexistencia de patrimonio inembargable en el concurso de la persona jurídica, presente en el de persona física⁸⁸⁶. El poder atribuido a uno y otro administrador del concurso ha de ser, pues, dispar tanto en intensidad como extensión.

⁸⁸⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 378 y 379. En este sentido, asimismo, ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil* (trad. ROMERA VERA), tomo I, cit., p. 216, para quien no se opone a la teoría de la representación que los administradores actúen en interés exclusivo del concursado sino también en el de los acreedores. De este modo, defiende: «no son lo mismo representación y tutela de los intereses (...). También el tutor de un alcohólico o de un pródigo es representante legal, si bien debe cuidar asimismo los intereses de otras personas (arg. BGB § 6, incs. 2 y 3), en especial los de los acreedores; y, por otra parte, la actividad del administrador del concurso sirve también a los intereses del concursado. (...) En el caso de un concursado (...) de buena fe coinciden sus intereses y los de sus acreedores».

En contra, respecto al Derecho patrio, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 33 y 34, que niega que existan representantes legales que actúen en interés de terceros distintos del representado; así defiende que, en la prodigalidad, los curadores no son representantes legales sino asistentes. Esto es, no se produce sustitución alguna sino función de asistencia para la realización de algunos actos, lo que en sentido técnico no puede equipararse a la representación.

⁸⁸⁵ Como refiere TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 47, nota al pie 95, con amplio elenco bibliográfico, esta tesis fue creada conjuntamente por ambos autores, si bien han diferido posteriormente en algunos extremos. Sobre la cuestión, entre otros muchos trabajos, vid. SCHMIDT/SCHULZ, «Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?», *ZIP*, 1982, pp. 1015 y ss., disponible en: <https://www.zip-online.de/heft-9-1982/zip-1982-1015-konkursfreies-vermoegen-insolventer-handelsgesellschaften/> (consultado, por última vez, el 1 de junio de 2020); y SCHMIDT, «Der konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners. Versucht einer konkursverwaltertheorie für heute und morgen», *KTS*, 1984, pp. 360 y ss.

⁸⁸⁶ Sobre ambos extremos, en profundidad, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 48 a 51.

De manera sorpresiva, el TRLC, a diferencia de lo que acontecía en la LC, se decanta por la tesis de la representación del deudor en sede procesal.

De esta suerte, la rúbrica de la sección 2ª -Capítulo I, Título III, Libro I- apresta: «De los efectos sobre la *representación* y defensa procesal del concursado»; seguidamente, el art. 120.2, respecto a los procesos judiciales en trámite, reza: «La administración concursal, actuando en interés del concurso pero en representación del concursado, sustituirá a este (...) sin más excepciones que las de los procedimientos civiles en que se ejerciten acciones de índole personal». Tal idea se exhibe, asimismo, en relación a los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de declaración de concurso: «La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título» (art. 140.2 TRLC).

- *Críticas a la teoría de la representación del deudor por la administración concursal*

Son varias las objeciones que puedan ser formuladas a la teoría de la representación del deudor en sus dos variantes. Especial atención brindaremos, por motivos obvios, a la tesis erróneamente acogida por el TRLC.

La principal crítica halla causa en el complejo de funciones asignado al administrador o administradores concursales. La variedad de cometidos atribuidos en el TRLC determina la insuficiencia de la idea de la representación para explicar las distintas situaciones jurídicas en que se halla la administración concursal.

A ello se ha objetado que, el reconocimiento de tal relación representativa, no imposibilita que el órgano de administración pueda, en el ejercicio de otras funciones, actuar en una condición distinta (v.gr., en la elaboración de la lista de acreedores o de informes). De hecho, se argumenta que así acontece en otros supuestos de representación legal que reconoce nuestro ordenamiento jurídico (v.gr., tutor)⁸⁸⁷.

El problema radica, sin embargo, en que ni siquiera en el ejercicio del poder patrimonial atribuido a la administración concursal es viable la aplicación de esta tesis.

⁸⁸⁷ Por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 382 a 384: el tutor no solo representa al menor o incapacitado (art. 267 CC), sino que también se le atribuyen, entre otros cometidos, su educación y formación.

Nótese que las facultades conferidas al administrador o administradores son distintas de aquellas que ostenta el deudor con anterioridad a la declaración de concurso⁸⁸⁸, desmarcándose de este modo de la regla de la identidad de facultades que, en la representación legal, ejercita el representante respecto a las de su representado⁸⁸⁹.

En efecto, la actividad patrimonial de la administración concursal es bien distinta de aquella que es reconocida al deudor como titular de su patrimonio, cualitativa y cuantitativamente.

Desde el punto de vista cualitativo, porque los poderes proporcionados atienden a una primerísima justificación, la satisfacción del interés del concurso, y a tal fin se imponen mandatos de obligada observancia en el TRLC, con supervisión de su actividad por el órgano jurisdiccional. En este sentido, cuantitativamente, se podría afirmar que la administración concursal ostenta menores facultades⁸⁹⁰, o, quizás, más rectamente, que ostenta una muy acotada autonomía en su ejercicio.

Pero en el inverso, la declaración de concurso también atribuye mayores facultades, creadas *ex novo*, para atender a la función de responsabilidad a la que se dirige el proceso concursal. Así ocurre, por ejemplo, con las posibilidades de rehabilitación contractual establecidas en los arts. 166 a 168 TRLC, o de resolución contractual del art. 165 TRLC, extensible esta última incluso al deudor en caso de intervención de sus facultades patrimoniales.

A ello habría que unir el ejercicio de las acciones de reintegración concursal, de impugnación y de responsabilidad cuya legitimación activa recae primeramente o exclusivamente, tras la declaración de concurso, sobre la administración concursal (arts. 109, 131, 132, 231, 238, 461 y 558.2 TRLC). Algunos de los referidos instrumentos son extraordinarios, nacen singularmente en el proceso concursal al servicio de la expansiva tutela reparadora que este proporciona. Otros, sin embargo, son prolongación del efecto monopolizador que la declaración de concurso lleva consigo respecto a las pretensiones

⁸⁸⁸ Sobre tal falta de coincidencia, negando que las facultades del órgano del *curatore* procedan del deudor, SATTA, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 110 y 113, y *Diritto fallimentare*, cit., pp. 119 y 120. Asimismo, vid. PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 167; y BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., p. 13: «Detti poteri derivano immediatamente dalla legge e non rappresentano l'esercizio di potestà spettanti ad altri soggetti e trasferite nel curatore in seguito alla dichiarazione di fallimento o esercitate da esso come rappresentante», vid. también p. 18.

⁸⁸⁹ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 30.

⁸⁹⁰ Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 102.

de los acreedores, con posibilidades subsidiarias de intervención ante la pasividad de la administración concursal (cfr. arts. 122, 232 y 461.1 *in fine* TRLC).

Huelga afirmar que en el ejercicio de ninguna de estas acciones tiene cabida la tesis de la representación del deudor: las demandas de rescisión, impugnación y responsabilidad han de dirigirse contra el deudor. Y por cuanto la administración concursal actúa, en el foro, contra el deudor, indefectiblemente debe ser desechada la idea de que el aquel sea representante del concursado⁸⁹¹.

Recuérdese que proyección de su distinta posición jurídico-procesal, el art. 509 TRLC atribuye la condición de parte «en todas las secciones del concurso (...) sin necesidad de comparecencia en forma»- no solo al deudor sino igualmente a la administración concursal⁸⁹², y, además, es expresamente reconocida al concursado la posibilidad de «actuar de forma separada, por medio de procurador y abogado distintos de los de la administración concursal, en los procedimientos en trámite a la fecha de la declaración de concurso en que hubiera sido sustituido por la administración concursal y en los nuevos procedimientos promovidos por esta» (art. 121 TRLC).

Se constata, de este modo, al menos en suspensión, la existencia de una posición procesal dispar en defensa de un interés distinto: la administración concursal promueve la protección del interés del concurso, de prioritaria tutela tras la constitución de la nueva situación jurídica, y el deudor procura su interés personal, coincidente o no, según el caso, con aquel interés.

No puede existir, por tanto, una representación de la administración concursal respecto al deudor concursado.

En primer lugar, como ya referíamos, porque el representante no puede obrar en contra del interés del representado. En palabras de Díez-PICAZO: «En la representación se actúa únicamente en interés del representado. Los supuestos denominados de “representación en interés del representante” o de “representación en interés de un

⁸⁹¹ En este sentido, GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 78; TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 31. Aun consciente de que el órgano de administración actúa en el foro casi siempre contra el deudor, sostiene tal representación ENNECERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte General*, cit., pp. 461-462.

⁸⁹² Insistimos en que, como distintas partes que son, resulta necesario dar traslado separado al deudor y a administración concursal de todas las pretensiones y escritos que se deduzcan en cualquier sección e incidente del proceso concursal. Sobre la cuestión, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., pp. 1883 y 1884.

tercero” no pertenecen en rigor a la teoría de la representación»⁸⁹³. Por ello, aun cuando el propio legislador se cuide de advertir: «en interés del concurso pero en representación del concursado» (art. 120.2 TRLC), no podemos identificar una auténtica relación representativa; «la concesión de un poder de representación a una persona para que lo utilice en su propio interés o interés de terceros (...) constituye una vía oblicua o indirecta, que, en realidad, da lugar a una forma de fiducia y que no pertenece en rigor a la doctrina de la representación»⁸⁹⁴.

En segundo lugar, en consecuencia, porque de existir tal representación devendría innecesaria una diferente defensa en sede procesal. El interés del representado resultaría actuado y, en definitiva, carecería de fundamento el reconocimiento de una posición procesal separada al deudor.

Esta idea resulta, además, incompatible con el tenor de los arts. 129 y 413 TRLC, que atribuyen a los administradores o liquidadores de la persona jurídica la representación de la entidad dentro del concurso, incluso durante la liquidación de la masa activa. Adviértase que, aun disuelta la sociedad y producido el cese de los administradores o liquidadores con sustitución de la administración concursal, aquellos continúan «en representación de la concursada en el procedimiento concursal y en los incidentes en los que sea parte» (art. 413.3 *in fine* TRLC).

Esta previsión trae causa del art. 145.3 LC, en redacción anterior a la Ley 38/2011, que contemplaba la sustitución de los administradores o liquidadores por la administración concursal «para proceder a la liquidación de conformidad con lo dispuesto en esta Ley». Una interpretación literal del precepto (junto al art. 48.1 LC) conculcaba -pronto se advirtió- el derecho de defensa (art. 24 CE), en tanto que implicaba negar que la persona jurídica concursada pudiera ser parte en los procedimientos judiciales en defensa de intereses distintos de los postulados por la administración concursal⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Cfr. *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 56. Y en p. 62: «Que el núcleo conceptual de la representación no se puede apoyar sobre un elemento formal, como la *contemplatio domini*, sino que debe girar alrededor del interés del *dominus*, que constituye el centro de propulsión y de gravitación del fenómeno representativo».

⁸⁹⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 556: «La irrelevancia del interés que guía al representante parece criticable como dogma».

⁸⁹⁵ Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ/ MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 145», cit., pp. 2345 y 2346.

Al respecto, la jurisprudencia mayoritaria sostuvo: «aunque el artículo 145.3 de la Ley Concursal (en relación con el art. 48.1 del mismo texto) prevea (...) el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal, ello no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la Constitución»⁸⁹⁶.

En palabras de la SAP de Barcelona (Sección 15ª) 47/2009, de 29 de enero, no reconocer a los administradores de la sociedad la representación procesal de la concursada «vaciaría de contenido el art. 184.2 LC (*actual art. 510 TRLC*), que legitima al deudor concursado a intervenir como parte en el procedimiento concursal y, por extensión, en todos sus incidentes»⁸⁹⁷. Como advierte SENÉS MOTILLA, el reconocimiento de plena capacidad procesal al concursado, en actuación de un interés propio, constituye una elemental derivada de su derecho de defensa, consustancial a un proceso contradictorio como el concursal⁸⁹⁸.

La doble representación que propugna el art. 120.2 TRLC (en relación con los arts. 129 y 413 TRLC) es, en definitiva, desacertada, y debe ser forzosamente enmendada. Desde el punto de vista técnico, la administración concursal no representa al deudor concursado, ni en el plano sustantivo ni en el procesal.

Finalmente, en relación a la teoría de la representación u orgánica modificada pueden adicionarse algunas objeciones más. Como ha señalado parte de la doctrina⁸⁹⁹, esta es una teoría centrada en explicar la liquidación, obviando las posibilidades de

⁸⁹⁶ AJM nº 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2005 (AC 2005/1711). En este sentido, vid. SSAP de Barcelona (Sección 15ª) 47/2009, de 29 de enero (Roj: SAP B 1816/2009), de Valencia (Sección 9ª) 275/2011, de 28 de junio (Roj: SAP V 3107/2011) y de Madrid (Sección 28ª) 152/2014, de 12 de mayo (Roj: SAP M 6134/2014). En contra, SAP Navarra (Sección 3ª) 169/2007, de 15 de noviembre (Roj: SAP NA 1138/2007).

⁸⁹⁷ Roj: SAP B 1816/2009. Siguiendo a SENÉS, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», *La liquidación de la masa activa*, cit., p. 321, parcialmente ya reproducido por nosotros: «el derecho de defensa del deudor *en el procedimiento concursal* no puede -no debe- tener más límite que la actuación conforme a la buena fe, y el consiguiente rechazo de las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude de ley o procesal (artículos 11 LOPJ; 247 LEC). De ahí que, tras la apertura de la liquidación, la representación de los administradores *continúe* no solo en el concurso y los incidentes ya incoados en los que sea parte, sino que se *extienda* también al ejercicio de las acciones y la interposición de los recursos que a su derecho convengan».

⁸⁹⁸ Vid. *ibidem*, p. 321.

⁸⁹⁹ Por todos, cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 51 a 54.

alcanzar un convenio, opción que, en la mayor parte de ordenamientos, ya se integra en un único procedimiento⁹⁰⁰.

En este sentido, es muy forzada la equiparación que se hace del administrador como liquidador societario, tanto por los distintos poderes conferidos a unos y otros como por su dispar función: frente a la liquidación societaria en beneficio de los socios del liquidador, hallamos la liquidación orientada a la satisfacción de los acreedores.

A lo anterior, se añade que no existe identidad en el concurso entre masa activa y empresa para proceder a la liquidación, quedando fuera del poder de la administración concursal bienes y derechos que escapan a la afectación del proceso concursal (v.gr., por desafección de bienes que carecen de valor de realización). A este respecto, conviene recordar que los órganos societarios siguen funcionando (art. 126 TRLC); sus competencias solo sufren merma en lo referente a las limitaciones patrimoniales⁹⁰¹.

3.2.2. La administración concursal como representante de los acreedores

La declaración de concurso tiene un notable impacto en la esfera jurídica de los acreedores.

Desde la constitución de la nueva situación jurídica se extiende a todos los titulares de créditos frente al deudor común un singular régimen jurídico caracterizado por la imposibilidad de ejercitar acciones declarativas en el seno del concurso, instar el inicio o continuación de las ejecuciones en los términos de los arts. 142 y ss. TRLC, o procurar la satisfacción de sus créditos por medios distintos de los previstos en el concurso; de igual modo impone un cuadro de modificaciones sustanciales en los derechos de crédito (arts. 152 a 155 TRLC).

Este nuevo régimen jurídico obliga a un tratamiento colectivo de los acreedores que se proyecta en la integración de la masa pasiva del concurso o masa de acreedores (art. 251 TRLC) a la que quedan afectos, con carácter general, los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 192 TRLC).

⁹⁰⁰ También en la vigente *Insolvenzordnung* alemana, donde nace esta teoría, el convenio no aparece como una excepción sino como una opción más integrada en un procedimiento unitario junto a la liquidación.

⁹⁰¹ *In extenso*, MORENO SERRANO, *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, cit., passim.

La agrupación *ex lege* de los acreedores, con sujeción a las nuevas reglas para la satisfacción de sus créditos, tiene una doble vertiente. Una sustancial, pues los acreedores quedan sometidos a la solución del concurso, convenio o liquidación, decidida por la mayoría. Otra formal, en tanto los acreedores deben comunicar su crédito y ser reconocidos como tales para poder participar en cualquiera de las soluciones alcanzadas (arts. 252 y ss. TRLC)⁹⁰².

Constituyendo el proceso concursal el cauce forzoso para la satisfacción de los acreedores en situaciones de insolvencia, la administración concursal se erige en el órgano encargado de canalizar las pretensiones de los acreedores contra el patrimonio del concursado. No solo en lo que hace a los cometidos asociados a la comunicación de créditos, verificación y elaboración de la lista de acreedores, sino también en el ejercicio de aquellas acciones que, con anterioridad a la declaración de concurso, correspondían *uti singuli* a los mismos.

La actividad del órgano de administración responde a una actividad última dirigida a la satisfacción de los acreedores con enjuque del patrimonio del deudor. Es de este modo que, con la administración y liquidación de la masa objeto de responsabilidad, se afecta directamente la esfera jurídica de los acreedores concurrentes en el concurso, lo que podría ser reconducido a la idea de representación.

En este sentido, como ya relatamos, se podría pensar que la administración concursal se instituye en un instrumento al servicio de los acreedores, aunando y dotando de efectividad el poder de agresión directo que el ordenamiento jurídico reconoce a estos en escenarios de insolvencia.

Esta tesis, fraguada por la doctrina alemana⁹⁰³, procuraba explicar el proceso de insolvencia y la actividad de los órganos del concurso partiendo de la función de

⁹⁰² Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 49 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 990.

⁹⁰³ Esta teoría (*Gläubigervertretungstheorie*) fue desarrollada por un amplio elenco de autores, principalmente a principios del siglo XX. Entre otros, vid. SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, cit., p. 157, y KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, cit., pp. 399 y ss.; *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, cit., p. 203; y HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrecht*, cit., pp. 624 y ss.. En Italia, su máximo exponente es ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, cit., pp. 31 y ss. En Francia, BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, ed. Thèse, Nancy, 1973, pp. 33 y ss. En España, GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, cit., p. 62; y MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, cit., p. 500. Para un mayor elenco bibliográfico, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 18, 19 y 21, notas al pie 7 y 12; también JAEGER, *Konkursordnung. Großkommentar* (edición preparada por HENCKEL), cit., p. 174.

garantía que cumple el patrimonio del deudor respecto al cumplimiento de toda obligación. Se justificaba, así, con la declaración de concurso, la creación de un derecho de prenda o de hipoteca de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, e, incluso, su embargo general como trasplante del derecho real de garantía reconocido al acreedor instante de una ejecución individual (§ 804 ZPO), y aceptado, por extensión, en el concurso⁹⁰⁴.

Los acreedores, agrupados como un consorcio, quedan de esta suerte representados por el órgano de administración que, en interés de estos, hace valer su derecho real de garantía, con administración y liquidación del patrimonio para su satisfacción.

Esta idea encontraba respaldo en la composición y sistema de elección del órgano de administración⁹⁰⁵. En España, los tres miembros de la sindicatura debían ser comerciantes y acreedores con derecho propio (arts. 1215 y 1346 LEC/1881) y ser elegidos en la primera Junta de acreedores (art. 1044 CCom/1829), lo que facilitaba la observancia de un vínculo representativo entre los acreedores y los síndicos⁹⁰⁶. Como ya

⁹⁰⁴ Sobre la cuestión, en profundidad, vid. *supra* Capítulo IV.

⁹⁰⁵ De este modo ocurría ya en Alemania bajo la *Konkursordnung* y con mayor intensidad bajo la actual *InsO*, destacadamente tras la reforma acometida por la Ley para la mejora de la reestructuración de empresas -*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*- de 2011, que refuerza de manera sustancial el papel del comité de acreedores. El nombramiento sigue correspondiendo al juez, sin embargo, con la constitución del comité de acreedores en la fase provisional del concurso en los supuestos del art. 22 *InsO*, son estos los que establecen los requisitos y criterios que habrá de reunir el administrador concursal designado por el juez. En principio, el juez debe seguir los criterios acordados por el comité salvo que entienda que ello puede suponer un perjuicio para la situación patrimonial del deudor (art. 56 *InsO*). No obstante, aunque el órgano jurisdiccional no siga los criterios acordados en la designación del administrador, el comité, en su primera reunión, podrá cambiar la persona designada, a la que queda sometido el juez salvo que la persona propuesta no resulte idónea para el cargo -por falta de independencia o cualificación- y así quede suficientemente motivado (arts. 56 y 57 *InsO*). Esta independencia, de otro lado, queda modificada sustancialmente tras la reforma de 2011 por cuanto no pueden aducirse como motivos de la falta de aquella que la propuesta de administrador venga del deudor o de los acreedores, ni que dicha persona haya asesorado a la empresa deudora en el desarrollo del concurso con anterioridad a la solicitud de este. Sobre la cuestión, con anterioridad a la reforma de 2011, vid. TIRADO MARTÍ, «La sindicatura concursal», *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO), ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 160 y ss.; con posterioridad, informando de la reforma, FERRÉ FALCÓN/KELLER, «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 327 y ss.

⁹⁰⁶ El poder de decisión de los acreedores ha ido perdiendo peso progresivamente en las distintas regulaciones que se han ido sucediendo en España, tanto en lo que hace al órgano de administración como respecto a la junta de acreedores.

Frente al sistema de quiebra que preveía un órgano de administración compuesto por tres acreedores, la LC de 2003 introdujo un órgano trimembre en el que se integraba un único acreedor -ordinario o con privilegio general no garantizado-, actualmente laminado (desde la reforma acometida por la Ley 38/2011) con el supuesto general de estructura unipersonal (actual art. 57 TRLC). Solo muy residualmente, en los supuestos de estructura bimembre («en aquellos concursos en que concurra causa de interés público»), se permite el nombramiento de un segundo administrador que puede ser una

apuntamos, esta representación hallaba plasmación legal, para los actos de retroacción de la quiebra, en el art. 1366 LEC/1881.

- *Críticas a la teoría de la representación de los acreedores por la administración concursal*

Ya desarrollamos *supra* el grueso de los argumentos que permiten refutar esta tesis, a saber, la inexistencia e inoperancia de reconocer derecho real a los acreedores, la ausencia de relación jurídica sustantiva que justifique la atribución de una titularidad conjunta y lo incorrecto, técnicamente, de pretender explicar la actividad de los órganos concursales con apoyo en la idea de un poder directo sobre el patrimonio del deudor adquirido de los acreedores⁹⁰⁷.

Sin embargo, junto a lo expuesto, pueden esgrimirse algunos motivos más. Como entre nosotros ha desarrollado TIRADO MARTÍ⁹⁰⁸, no existe tal representación, en

Administración pública acreedora o una entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de ella (art. 58.1 TRLC).

Otro tanto acontece respecto a la junta de acreedores que ha visto destacadamente reducida su intervención en el proceso. La relevancia que el órgano colectivo de acreedores tenía en el régimen de quiebra, donde era configurada como un órgano necesario -asumía, entre otras cuestiones, el nombramiento de los síndicos (art. 1346 LEC/1881), el examen, reconocimiento y graduación de los créditos reconocidos (arts. 1266 y 1380 LEC/1881), y la discusión, y, en su caso, aprobación de cualquier propuesta de convenio entre el quebrado y sus acreedores (art. 1392 LEC/1881)-, pasa a ser en el régimen vigente un órgano eventual, secundario o residual (así es definido por QUIJANO GONZÁLEZ, «La junta de acreedores en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 3, 2005, p. 67; más radical DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal...*, cit., pp. 134 y 135, para quien la junta de acreedores no es un órgano del concurso, pues ni «de modo permanente ni tampoco intermitente toma parte en las decisiones que el concurso demanda»). Actualmente, la junta de acreedores limita sus funciones a la votación de la propuesta o propuestas de convenio, de haber sido presentadas (arts. 360 y ss. TRLC). En este sentido, mayor similitud con el régimen actual apreciamos en el sistema de suspensión de pagos, donde la junta de acreedores tanto solo se encargaba de la discusión y aprobación de la propuesta de convenio (arts. 13 a 15 LSP) y de la posibilidad de sustitución de la celebración de la junta a través de un sistema de adhesiones escritas en los supuestos en los que el número de acreedores excediera de 200 (arts. 18 y 19 LSP).

Esta falta de presencia de los acreedores, de manera individual y/o colectiva, se traduce en una merma del control que, respecto a los administradores concursales, ejercitaban antaño. Desaparecido el control interno, garantizado hasta la reforma de 2011 con la presencia de un acreedor, solo restan los mecanismos de control externo. Entre estos -nótese que queda imposibilitada la opción de solicitar la realización de determinados actos de administración o su impugnación por criterios de oportunidad (art. 532.2 TLC)-, encontramos: el ejercicio de determinadas acciones ante la pasividad de la administración concursal previa instancia de su interposición (arts. 122, 232 y 461.1 TRLC); la impugnación del inventario o la lista de acreedores (art. 297 TRLC); el derecho de información y aclaración en junta de acreedores (art. 368 TRLC); el acceso a los informes emitidos por la administración concursal (v.gr., arts. 294 y 295, 349.1 y 424.2 TRLC) y a la completa rendición de cuentas (art. 478 a 480 TRLC); y el derecho al examen de documentos e informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos (art. 512.2 TRLC). Estos mecanismos permitirán, en su caso, ejercitar la oportuna acción de responsabilidad *ex art. 94 y ss. TRLC* o instar la separación del cargo *ex art. 100 TRLC*. Sobre estas posibilidades de control, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 359 y ss.

⁹⁰⁷ Vid. *supra* Capítulo IV.

⁹⁰⁸ Cfr. *Los administradores concursales...*, cit., pp. 21 a 24.

primer lugar, porque la administración concursal ejerce sus funciones en interés de todos los sujetos afectados por el concurso, incluido el deudor, según los cauces de actuación que establece el propio legislador. Ciertamente, el complejo funcional atribuido difícilmente puede limitarse a una actividad a favor de los acreedores, aunque su satisfacción constituya el fin último.

En segundo lugar, porque la actuación de la administración repercute en la masa activa, titularidad del deudor, y no en el patrimonio de aquellos acreedores. Esto es, la imputación de los actos patrimoniales y de las acciones ejercitadas por la administración concursal recae directamente en el patrimonio del deudor y solo mediatamente en los acreedores. Y sin eficacia inmediata en la esfera jurídica del representado, en rigor, no puede hablarse de representación⁹⁰⁹.

No existe, asimismo, en la masa pasiva un acuerdo de voluntades para contribuir a una finalidad común y un patrimonio propio independiente al que vincular las actividades externas de aquella (art. 38 CC). Solo de este modo podríamos concebir jurídicamente la idea de representación de tal colectividad como ente dotado de personalidad⁹¹⁰.

Finalmente, a mayor abundamiento, nótese que en la agrupación forzosa de los acreedores no participa un único interés: identificamos tantos intereses como pretensiones patrimoniales concurrentes. La confluencia de acreedores se erige, pues, en una concurrencia conflictiva⁹¹¹, difícilmente reconducible a la idea de un interés único susceptible de representación.

⁹⁰⁹ En este sentido, asimismo, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 361. Tal eficacia es un rasgo unánimemente reconocido en la doctrina: entre otros, vid. LARENZ, *Derecho civil. Parte General*, cit., p. 760; ENNECERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte General*, cit., pp. 461; DE LA CÁMARA, «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», cit., pp. 331-332; y DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., p. 554.

⁹¹⁰ Sobre tales intentos de dotar de personalidad a la masa pasiva, vid. nota al pie 657.

⁹¹¹ Cfr. VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., p. 36: «Las pretensiones de unos acreedores de unos y otros acreedores son tan disímiles como antagónicas», lo que lleva forzosamente a reconocer una distinta posición jurídica a los acreedores en el seno del concurso. Y en p. 35: «Configurar la masa pasiva, significa e implica finalísticamente, ordenar, clasificar, priorizar, pero también relegar a unos y otros acreedores concurrentes al procedimiento de insolvencia». Es así lógico observar que, siendo limitados los recursos, una mayor satisfacción de un acreedor puede implicar una menor posibilidad de cobro de otro.

3.2.3. Otras teorías formuladas sobre la posición jurídica de la administración concursal

La insuficiencia explicativa de las teorías expuestas suscitó la elaboración doctrinal de otras tesis de las que debemos rendir cuenta. Aunque sucinta, esta exposición nos permitirá conocer otras construcciones formuladas para pronunciarnos con el mayor acierto sobre la posición y el título jurídico en virtud del cual actúa la administración concursal.

a) La administración concursal como representante de múltiples partes o representante del concurso

El rol multifuncional atribuido a la administración concursal y el encaje parcial de las teorías de la representación del deudor y de los acreedores, ha llevado incluso a reconocer al órgano de administración como representante de ambas partes.

Aparentemente, desde un punto de vista técnico, se podría argüir que la administración concursal es, de un lado, representante del deudor en la gestión de la masa activa, con imputación directa de su actividad en la esfera jurídica de aquel; y, de otro, representante de los acreedores en el ejercicio de las acciones de reconstitución patrimonial, especialmente en relación a aquellas que, con anterioridad a la declaración, correspondían *uti singuli* a los acreedores. Así incluso se llegó a plasmar en el Anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959 (art. 51): «Corresponderá a la sindicatura la gestión y administración de los bienes del concurso con arreglo a las prescripciones de esta Ley y la representación legal del concursado y de la masa de acreedores tanto en juicio como fuera de él»; y en el de 1983 (art. 31-I): «Si el deudor fuese inhabilitado judicialmente para la administración de su patrimonio, ésta corresponderá a la sindicatura, así como la representación del concursado y de la masa tanto en juicio como fuera de él»⁹¹².

El régimen derogado patrio favorecía esta interpretación. En este sentido, nuestra Ley procesal de 1881 (arts. 1218.1ª y 1319) refería: «Son atribuciones de los síndicos: 1ª. Representar al concurso en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos y

⁹¹² Incluso de este modo pareció concebirse, aunque con menor claridad, en el art. 50.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995: «Los síndicos gozarán del beneficio de justicia gratuita para actuar en sustitución del deudor o en representación de los acreedores en el caso de que los medios propios del deudor no sean suficientes para satisfacer todas las obligaciones».

ejercitando las acciones y excepciones que les competan». Es lógico, pues, que algunas voces autorizadas -GARRIGUES- afirmaran: «el síndico es un representante legal de la quiebra, y en tal carácter defiende los intereses de la masa de acreedores, que pueden ser antagónicos a los del quebrado -como en el caso de impugnación de sus actos, art. 1366- o coincidentes con ellos -como en el caso de litigar el quebrado en unión de los síndicos en los incidentes sobre reconocimientos de créditos (arts. 1264 y 1381 de la Ley Procesal)-»⁹¹³.

Sin embargo, la idea de que el órgano de administración representa el interés de la quiebra, y, por ende, el complejo entramado de intereses, siendo exacta, resulta estéril. Al menos, a los efectos de proporcionar una teoría unitaria que técnicamente permita dar respuesta al título en cuya virtud opera la administración concursal⁹¹⁴. Con todo, quizás por su utilidad descriptiva, fue una tesis defendida doctrinal y jurisprudencialmente⁹¹⁵.

⁹¹³ Cfr. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., p. 78.

⁹¹⁴ En este sentido, asimismo, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 36 y 37, para quien, aunque correcta, la teoría no sirve para describir por sí sola el fenómeno. A ello hay que añadir la insuficiencia de esta tesis para sortear la mayoría de críticas que a las teorías de la representación del deudor y de los acreedores son esgrimidas.

⁹¹⁵ En la doctrina, aunque minoritaria, junto a GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed., cit., pp. 77 y 78, vid. POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, cit., p. 46; JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Los órganos de la quiebra», *Estudios en homenaje a De Castro*, tomo I, Madrid, 1976, p. 826; VICENT CHULIÀ, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, n° 2, 1979, p. 672; y BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, 8ª ed., Madrid, 1990, p. 662.

En la jurisprudencia, entre otras, SSTS de 17 de junio de 1887 [Jurisprudencia Civil, tomo 62, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1988, pp. 18 a 25], de 3 de octubre de 1901 [Jurisprudencia Civil, tomo 92 (2º de 1901), junio a diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1902, pp. 211 a 215], de 17 de diciembre de 1931 (nº 19) [III Jurisprudencia Civil, tomo 199 (2º de 1931), marzo y abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 119 a 131], en las que se afirma que los síndicos ostentan la representación conjunta del quebrado de una parte y de los acreedores de otra. En esta línea también, STS de 17 de febrero de 1909 (nº 92) [Jurisprudencia Civil, tomo 113 (1º de 1909), enero y febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1910, pp. 617 a 625], donde se establece que a los síndicos corresponde la representación del deudor y de los acreedores, defendiendo en exclusiva todos los derechos de la quiebra, así como el ejercicio de las acciones y excepciones que le competan; STS de 22 de junio de 1929 (nº 166) [III Jurisprudencia Civil, tomo 189 (8º de 1929), mayo y junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929, pp. 1005 a 1011], que se postula a favor de entender que los síndicos realizan funciones de representación de los acreedores y del capital del quebrado, así como de gestión, administración y disposición del patrimonio; y, STS de 3 de enero de 1933 (nº 4) [III Jurisprudencia Civil, tomo 207 (1º de 1933), enero y febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1933, pp. 22 a 31], que concibe a los síndicos como representantes de los intereses de la quiebra.

b) La administración concursal como órgano de representación de la masa activa

Junto a la propuesta de la representación de los acreedores que, como colectivo dotado de personalidad jurídica, es reconducible a la teoría orgánica, localizamos otra de sus variantes en la tesis inversa: la administración concursal como representante de la masa activa.

Ya tuvimos ocasión de pronunciarnos *supra* sobre las bondades y principales reproches al reconocimiento de un ente jurídico provisorio nacido *ex novo* con la declaración de concurso, integrado por los bienes y derechos de la masa concursal y con subjetividad propia⁹¹⁶. A los argumentos allí esgrimidos nos remitimos.

Generalmente esta construcción viene acompañada de la atribución de personalidad jurídica a la masa activa, actuando el administrador como representante necesario de esta⁹¹⁷. La actividad de la administración concursal en exclusivo interés de la masa permite desligar su actuación de deudor y acreedores, con superación de los obstáculos asociados a las teorías de la representación del deudor y de los acreedores⁹¹⁸.

Otros ordenamientos jurídicos se hacen eco de esta tesis. V.gr., art. 27 de la Ley de quiebras (Ley n° 18175) chilena. Vid. nota al pie 799.

⁹¹⁶ Vid. *supra* Capítulo IV.

⁹¹⁷ En la doctrina, en Italia, por todos, BONELLI, *Del fallimento...*, cit., pp. 477 y 478 y nota al pie 7, y 497 y ss. En Alemania, entre otros, BÖTTICHER, «Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ», cit., pp. 55 y ss.; HANISCH, *Rechtzuständigkeit der Konkursmasse...*, cit., pp. 23 y ss., 84 y ss., 134 y ss., y 275 y ss.; y, ERDMANN, «Praktische Konsequenzen der Behandlung der Konkursverwalter als Organ der Konkursmasse», *KTS*, 1967, pp. 87 y ss. En España, reconoce la existencia de una masa concursal independiente representada por el órgano de administración, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho procesal civil*, tomo I, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 303. Un mayor elenco bibliográfico puede encontrarse en TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 37 y 38, nota al pie 68, y pp. 40 y 41, nota al pie 77, con explicación y distinción de la construcción italiana y alemana en pp. 40 y ss.; también en DUURSMA-KEPPLINGER, «Die Haftung des Masseverwalters gem § 81 abs 3 IO-Haftung ex mandato oder hafung im Zwischenbereich von vertrag und delikt», *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, número especial 2014, 2015, p. 2436, nota al pie 49.

⁹¹⁸ En la jurisprudencia esta teoría ha sido defendida, entre otras, en las SSTs de 17 de marzo de 1910 (n° 78) [Jurisprudencia Civil, tomo 117 (1° de 1910), enero a abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1912, pp. 471 a 476], de 19 de abril de 1919 (n° 24) [Jurisprudencia Civil, tomo 146 (2° de 1919), abril a junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1921, pp. 128 a 137], de 16 de febrero de 1933 (n° 96) [III Jurisprudencia Civil, tomo 207 (1° de 1933), enero y febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1933, pp. 610 a 616], y de 10 de marzo de 1944 (n° 12) [Jurisprudencia Civil, tomo VI, marzo-mayo, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1944, pp. 124 a 150].

Respecto al administrador del concurso, esta teoría permite explicar con claridad el ámbito competencial al que se circunscribe su actividad, así como la razón de la eficacia de sus actos en la masa patrimonial.

En efecto, esta idea facilita la inteligencia de las atribuciones que son conferidas a la administración concursal en las esferas sustantiva y procesal. En el ámbito sustantivo, así ocurre en lo tocante al régimen jurídico de las obligaciones contraídas por la administración concursal, al ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial o a las posibilidades de actuación reconocidas en el ámbito negocial (arts. 165 y ss. TRLC).

En sede procesal, con mayor ajuste, hallamos recta solución al ejercicio de las acciones orientadas a la reconstitución patrimonial, especialmente de aquellas extraordinarias creadas *ex novo* con la declaración de concurso (v.gr., acciones rescisorias concursales), a los efectos de cosa juzgada sobre la masa patrimonial respecto a los incidentes sustanciados por el administrador, o a la asunción patrimonial de las costas impuestas en los procesos en los que la administración concursal es parte (art. 242.3º y 4º TRLC).

Esta teoría orgánica, pese a lo expuesto, no ha encontrado cobertura legal en la mayor parte de ordenamientos jurídicos. Esencialmente, por la resistencia a reconocer a la masa como un sujeto jurídico independiente del deudor. A combatir los presupuestos de tal existencia autónoma se ha dedicado buena parte de la doctrina alemana⁹¹⁹.

Y es que, ciertamente, en el plano sustantivo, resulta controvertido concebir un desplazamiento del deudor, con reemplazo de la masa como centro de imputación jurídica, sin previo expediente expropiatorio. Inexistente la expropiación en ninguna de sus formas, como ya demostramos⁹²⁰, se han sugerido fórmulas alternativas que, como veremos seguidamente, proporcionan adecuada respuesta a la eficacia de la actividad del administrador o administradores del concurso sobre el patrimonio concursal.

Más cuestionable es que ocurra de igual modo en el ámbito procesal. Nótese que, al menos en el régimen de suspensión, encontramos escenarios en los que, siendo obligada la actuación de la administración concursal en ejercicio de la tutela que le es

⁹¹⁹ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 40, con la bibliografía germana citada en nota al pie 75.

⁹²⁰ Vid. *supra* Capítulo IV.

encomendada (v.gr., en las acciones *ex arts.* 119.2 y 120 TRLC), la intervención del deudor es optativa (art. 121 TRLC).

La oportunidad de esta intervención parece justificada: el interés que tutela la administración concursal no es forzosamente coincidente con el interés del deudor. Y ello, *a priori*, exige el reconocimiento de una posición jurídica-procesal distinta de ambos sujetos⁹²¹.

Siendo esto así, resta aclarar cuál es el centro de imputación jurídica sobre el que recae la actividad de la administración concursal y, especialmente, cuál es su configuración jurídica en sede procesal. Pues si es evidente que aquel centro de referencia es la masa patrimonial, titularidad del deudor, y, en las hipótesis en las que se decreta el régimen de suspensión, se produce un desplazamiento del concursado con exclusión de las costas causadas a su instancia ante una eventual intervención separada (cfr. arts. 121.1 *in fine* TRLC)⁹²², la concesión de personalidad procesal a la masa podría justificar esta realidad, con fácil explicación de las consecuencias de la actividad desplegada por la administración concursal en juicio. A esta exigencia responde el art. 6.1.4º LEC⁹²³.

c) La administración concursal como oficio

Junto a las expuestas aparece la teoría del oficio (*Amtstheorie*). De notable predominio en Alemania e Italia, con distinto influjo y carácter, esta tesis concibe la figura del administrador como un órgano oficial creado en interés público, orientado a

⁹²¹ Junto al art. 121 TRLC, esta distinta posición jurídica encuentra cobertura legal sobre la base de los arts. 509, 510 y 534 TRLC.

⁹²² Este régimen ha de completarse con el previsto en el art. 242.3º y 4º TRLC que califica de créditos contra la masa: «la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas» (3º); y «los gastos y las costas judiciales ocasionados por la asistencia y representación del concursado, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos» (4º).

⁹²³ En profundidad, vid. *infra* Capítulo VIII.

la realización de los fines del instituto concursal, cuyo poder deriva directamente de la Ley⁹²⁴.

Los actuación de la administración concursal puede ser así explicada por razón “del oficio” (*Amt*) o “del cargo”: los cometidos asumidos son deberes impuestos legalmente. El titular del oficio no necesita, de este modo, ser titular dominical de los bienes y derechos de la masa activa sino que, para explicar la eficacia jurídica de sus actos en la órbita patrimonial del deudor, es suficiente con acudir a su función y a la atribución de facultades que le son conferidas legalmente.

La aprobación de esta tesis tiene una destacable consecuencia: desde la aceptación del cargo, la administración concursal actúa en el proceso y en el tráfico civil en su condición de administrador. Opera, pues, en nombre propio y no *alieno nomine* (ni del deudor ni de los acreedores).

Esta teoría, como veremos, se ha entremezclado con distintas instituciones. En la doctrina germana, siguiendo a TIRADO, este expediente ha sido justificado recurriendo a una compleja construcción que parte de la teoría de los negocios fiduciarios. Según esta, el órgano de administración recibe facultades objetivas para un fin determinado: gestionar el patrimonio de destino constituido legalmente con la declaración de concurso⁹²⁵. Es lo que se denomina *Ermächtigungstreuhand*, una modalidad de “relación fiduciaria impropia” en virtud de la cual un sujeto adquiere la facultad de disponer de unos bienes para atender los fines que justifican su apoderamiento⁹²⁶.

Como corolario lógico para esta doctrina, quien adquiere la facultad de disponer ostenta también la facultad de administración, con plenas posibilidades de vinculación

⁹²⁴ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 359; y, destacadamente, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 55 y 56, para quien la teoría del oficio surge en Alemania como reacción a la tesis dominante en aquel tiempo, la teoría de la representación del deudor (*Schuldnervertretungstheorie*). Fue una resolución jurisdiccional de 30 de marzo de 1892 (*Entscheidung des Reichgerichts* 30-3-1892, RGZ, nº 29) la que dio carta de naturaleza a esta idea, acogiendo un nuevo concepto de parte ofrecido por la doctrina alemana de aquel tiempo. Sobre la cuestión, vid. *infra*.

⁹²⁵ Como refiere TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 59: «Las competencias para gestionar ese patrimonio son ahora del “oficio”, que las recibe como facultades objetivas para una *función* determinada, del mismo modo que ocurre con otros patrimonios separados funcionalmente determinados (es la llamada *objektive Funktionsbestimmtheit*)».

⁹²⁶ Cfr. *Ibidem*.

del patrimonio por la actividad del administrador⁹²⁷. Se logra de este modo explicar que solo una parte del patrimonio, aquel que es objeto de fiducia legal, quede sometido al poder del órgano de administración⁹²⁸.

Esta tesis también se ha proyectado en el ámbito procesal. La adquisición de parte por razón del cargo u oficio (*Partei Kraft Amtes*) sirvió para explicar la legitimación del órgano de administración en los procesos relativos al patrimonio concursal.

En teoría general, el origen probablemente haya que ubicarlo en KOHLER quien, en un trabajo sobre el usufructo con facultad de disposición, denominó *Prozeßstandschaft* al «poder jurídico de conducir un proceso en nombre propio sobre un patrimonio ajeno»⁹²⁹. Se rompía por vez primera con el concepto de parte en sentido material y se introducía el concepto de parte formal; a saber, la noción de parte está determinada por una relación de naturaleza procesal ajena a la relación jurídico-sustantiva.

Ello supuso un hito de notable envergadura en la Ciencia procesal. Es así que autores de la época se sirvieron del concepto de parte formal para atribuir a los administradores forzosos tal condición; entre otros, respecto al administrador concursal, OETKER⁹³⁰ o STEGEMANN⁹³¹.

⁹²⁷ *Ibidem*, p. 60: «Si el administrador tiene facultades de disposición sobre la masa en virtud de una “autorización” que le es concedida legalmente para la realización fiduciaria de un fin determinado, debe también poder vincular a esa masa».

⁹²⁸ *Ibidem*. Como relata TIRADO, existe una variante de la teoría del oficio en la “Teoría de la actuación neutral” (*Theorie des neutralen Handelns*) o de la “Administración forzosa” (*Auferlegten Verwaltung*) desarrollada por DÖLLE (en «Neutrales Handeln im Privatrecht», *Festschrift für Fritz Schulz*, vol. II, ed. Böhlau, Weimar, 1951, pp. 268 y ss.) para explicar la naturaleza jurídica de los administradores de un oficio (v.gr., administrador concursal, administrador de herencia o administrador judicial). Según el referido autor, en el ejercicio de esta ocupación, realizando actos de disposición u obligacionales, no se lleva a cabo un acto en nombre propio ni ajeno, sino una actuación neutral que recae directamente en la masa. La principal crítica a esta tesis por parte de la doctrina alemana ha residenciado en la imposibilidad de concebir una actuación a favor de la masa sin dotarla de personalidad jurídica (DÖLLE negaba tal personalidad): en rigor, ello supondría reconocer derechos subjetivos a una masa sin ser sujeto de derechos. Se critica en este sentido la posibilidad de que el administrador pueda actuar neutralmente, ni en nombre propio ni ajeno, en una categoría intermedia inexistente en Derecho -cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 60 y 61, nota al pie 126, y la bibliografía allí citada; también para la bibliografía, vid. JAEGER, *Konkursordnung. Großkommentar* (edición preparada por HENCKEL), cit., § 6, p. 176-.

⁹²⁹ Vid. KOHLER, «Der Dispositionnießbrauch», *Iherings Jahrbücher*, Bd. XXIV, 1886, p. 320. Traducción extraída de NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Marcial Pons, 2004, p. 20; vid., asimismo, pp. 19 a 25, donde expone los inicios de esta figura en los primeros trabajos de KOHLER.

⁹³⁰ En un trabajo *Jur. Lit. Bl.*, 1890, pp. 188 y ss. (citado por TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 55, nota al pie 113) en el que específicamente se pronuncia sobre

Esta atribución de parte por razón del cargo al órgano de administración también fraguó en Italia⁹³², y, con carácter residual, en España⁹³³.

Generalmente, ello permitía dotar de legitimación al órgano de administración concursal y explicar con sencillez la eficacia de la resolución jurisdiccional y su repercusión patrimonial (v.gr., un pronunciamiento de costas) en la esfera jurídica del deudor. Se superaba de este modo la teoría de la representación del deudor y la teoría orgánica -no era preciso recurrir a la personificación de la masa-, con elevación de la posición de la administración concursal para la consecución de un fin legalmente determinado. El “oficio” inviste a la administración concursal de una posición independiente, indiferente al concreto interés de deudor y acreedores, para la persecución de un único interés, superior y público, determinado por la Ley.

Esta teoría, sin embargo, no ha estado exenta de críticas. En el plano sustantivo se ha considerado que la construcción es endeble por prescindir de los conceptos básicos del Derecho privado y recurrir en Alemania a una compleja teoría de los negocios fiduciarios para explicar lo que, en rigor, debería ser explicado por medio de la

la cualidad del síndico como parte y el deudor como testigo (posteriormente, vid. *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, cit., pp. 25 y ss. disponible en: <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22181493%22> -consultado, por última vez, el 7 de junio de 2020). Para un amplio elenco de autores que han seguido a OETKER en Alemania, vid. nota al pie 114, pp. 55 y 56 del referido trabajo de TIRADO MARTÍ; asimismo, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 359 y 360, notas al pie 69 y 70; y JAEGER, *Konkursordnung. Großkommentar* (edición preparada por HENCKEL), cit., § 6, pp. 175 y 176.

⁹³¹ En «Die Parteien im Prozeß», *ZZP*, XVII, 1892, p. 354 (citado por NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 25).

⁹³² En este sentido, REDENTI, *Diritto processuale civile. Nozioni e regole generali*, tomo I, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 1957, pp. 175 a 178, y en *Derecho Procesal Civil. Nociones y reglas generales* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), tomo I, ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 168: «Aquí sucede precisamente que, para proteger la destinación a la finalidad, bien por la imposibilidad de identificar al titular del derecho, bien por interferencias de intereses ajenos protegidos por la ley, el titular del derecho no es titular ya de la acción, y ésta se confiere o transfiere en cambio al gestor en razón de su oficio, después de lo cual, si el gestor como tal desciende a la arena para hacerla valer (o para defenderse de ataques ajenos), no se puede decir ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente) ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras de él un sujeto, persona física o jurídica, de quien sea representante). Surge más bien de ahí un *tertium genus*, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido y en calidad particular de tal». Asimismo parece intuirse en BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 512.

⁹³³ Vid. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho procesal civil*, cit., pp. 271, 303 y nota al pie 36, 321 y nota al pie 20 y 324 y nota al pie 27; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Barcelona, Bosch, 1992, p. 246; y, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 65. Como señalara PRIETO-CASTRO, la expresión del art. 1366 LEC/1881 -“administradores legales del haber de la masa”- es muy elocuente: «de esto a decir que son actuantes por razón de oficio sólo hay un paso. Y no importa el origen de su designación (elegidos por los acreedores), si consideramos que es la autoridad judicial quien puede destituirlos (arts. 1223 y 1348) y en atención al fin público que se trata de conseguir en esta clase de juicios, existen normas como las que otorgan al Juez la potestad para autorizar las transacciones y señalar sus bases (arts. 1241 y 1360) u obligan al comisario a impeler a los síndicos para que ejerciten las acciones de la retroacción de la quiebra (art. 1367)» (nota al pie 36, pp. 303 y 304)

representación. En este sentido, se cuestiona que la teoría ofrezca pacífica solución, pues si los administradores no actúan *alieno nomine* ni, plenamente, *a suo nomine* -tanto operan como administradores de un patrimonio ajeno-, ¿en nombre de quién actúan?⁹³⁴.

Procesalmente, de otro lado, se ha criticado que pueda existir un concepto de parte en virtud del oficio respecto a tales sujetos⁹³⁵. Así se considera en exceso artificial esta atribución pues, en puridad, no pueden atribuirse al administrador concursal el conjunto de situaciones jurídicas, activas y pasivas, que conforman el denominado estatuto de las partes⁹³⁶.

En efecto, si se observan las situaciones jurídicas vinculadas a la calidad de parte procesal⁹³⁷, se infiere con claridad lo forzado de esta atribución.

Destaca especialmente que, salvo en aquellos pleitos en los que el administrador interviene como titular de la relación jurídico-material deducida en juicio (v.gr., retribución, acción de responsabilidad *ex art.* 94 y 98 TRLC o separación del cargo), el pronunciamiento jurisdiccional que se dicte no recae en su esfera jurídica; asimismo, las costas derivadas de las contiendas judiciales que repercuten en la masa activa no son asumidas por la administración concursal (art. 242.3º y 4º TRLC)⁹³⁸.

Accesoriamente podemos apuntar otras circunstancias. Por ejemplo, la renuncia, la separación o el fallecimiento del administrador no llevan asociada una crisis subjetiva del proceso, el derecho a la asistencia jurídica gratuita no le puede ser reconocido (arts. 6.3 a 8 Ley 1/1996, de 10 de enero), la jurisdicción y competencia no se determina por el administrador (art. 22 ter LOPJ; arts. 50, 51 y 54 a 56), su relación con el deudor y

⁹³⁴ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 65. Para esta crítica, vid. SCHMIDT, «Der konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners... », cit., p. 357.

⁹³⁵ Es negado expresamente respecto al síndico del concurso por ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal civil* (trad. ROMERA VERA), tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955, pp. 214 a 217, que extiende esta negativa al administrador de la herencia, al albacea y al administrador forzoso.

⁹³⁶ Cfr. *ibídem*, p. 214.

⁹³⁷ Nos servimos de ORTELLS RAMOS, «Capítulo 4», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 92 y 93, en la determinación de las situaciones jurídicas vinculadas, con carácter general, a la condición de parte.

⁹³⁸ Ello confronta, como decimos, con la clara posición de parte que se adquiere en aquellos incidente que atañen personalmente a la administración concursal. V.gr., los relativos a determinar su responsabilidad *ex art.* 94 y ss. TRLC, en su recusación *ex art.* 103 TRLC, o en su retribución *ex art.* 84 y ss. TRLC. Igual condición parece atribuirse en la fase de calificación, donde desempeña una actividad procesal asimilable a la del Ministerio Fiscal (arts. 448 y 449 TRLC; art. 3.6 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: «en defensa de la legalidad y del interés público y social»).

con personas especialmente relacionadas con él -incluso, con determinados acreedores- es la determinante de la aplicación de las causas de incompatibilidad, incapacidad y prohibición (cfr. art. 28 LC; causas de abstención y recusación *ex arts.* 219 LOPJ y 124 LEC), no pueden ser considerados sujetos de prueba en el “interrogatorio de las partes” (art. 309 LEC; sí, quizás, testigos e incluso peritos), no les alcanzan los efectos de la excepción de litispendencia (art. 421.1 LEC), ni, en fin, tampoco los relativos a la cosa juzgada (art. 222.3 y 4 LEC)⁹³⁹.

De este modo y aun conscientes de lo taxativo del art. 509 TRLC, que otorga la condición de parte a la administración concursal, es cuestionable que, al menos, en los pleitos relativos a la masa del concurso, el administrador concursal actúe en tal condición⁹⁴⁰.

3.3. El título o aptitud jurídica de la administración concursal

3.3.1. La potestad jurídica

La potestad es el título jurídico que, a nuestro juicio, mejor describe las posibilidades de actuación de que goza la administración concursal en las situaciones jurídicas subjetivas que el concurso abarca. Esta es, en técnica jurídica, la aptitud que legitima el desempeño de la específica función que le es encomendada legalmente.

La potestad frente al derecho subjetivo y a la facultad, siguiendo la clasificación de poderes jurídicos de CARNELUTTI, tiene una significación jurídica precisa⁹⁴¹. Esta es

⁹³⁹ En este sentido, asimismo, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 65 y 66.

⁹⁴⁰ En detalle, vid. *infra* Capítulo VIII.

⁹⁴¹ En su *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 151 y ss., el autor se sirve de una clasificación distinta a la ofrecida por INVREA (vid. lo expuesto *infra*). Para CARNELUTTI, las distintas manifestaciones del poder jurídico, definido como «idoneità a modificare il mondo, traducendo la possibilità in esistenza», podían ser clasificadas distinguiendo entre *agere* e *iubere*. En atención al *agere*, el sujeto del poder puede actuar directamente sobre el mundo exterior determinando su modificación. Esta figura de poder corresponde con la facultad (*facultas*, de *facere*). Sin embargo, cuando la modificación consiste en un *iubere*, aquella solo opera mediatamente sobre el mundo exterior, a través de otra persona, determinando el *agire* (haciendo u omitiendo). Según el *iubere* sea realizado en ejercicio de la soberanía o de manera autónoma, el poder se distingue en: potestad o derecho subjetivo. A la potestad corresponde el *iussum super partes*, al derecho subjetivo corresponde el *iussum inter partes*. Una buena síntesis para diferenciar estos tipos de poder jurídico es la que sigue: «la facoltà si distingue dal diritto suggesttivo o dalla potestà come potere *di agere*, non *di comandare*; e il diritto soggettivo dalla potestà come potere *di comandare all'altra parte e non alle parti*».

Otros autores se han servido de otras clasificaciones. Entre otros, ROMANO, «Poderes. Potestades», *Fragmentos de un diccionario juridico* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pp. 299 y 300, refería que el poder en sentido amplio podía subdividirse en poder en sentido estricto y derecho subjetivo. Ambos poderes, integrados en un *genus* común, son conferidos por el Ordenamiento jurídico en relación a bienes o intereses protegidos por

la manifestación más elevada del poder jurídico: «potenza di comandare *super partes*»⁹⁴². En palabras de ROMANO, «habría que hablar más propiamente de potestades cuando su titular aparece investido de una autoridad, sea ella de derecho público, sea de derecho privado, mientras que cuando falta este elemento de la autoridad y de la consiguiente posición de superioridad o supremacía, se ha usado más frecuentemente la palabra poder»⁹⁴³.

La concreta delimitación de la potestad, como acto de imperio, determinante de una posición de supremacía, se ha ligado indisolublemente al interés que se persigue con su ejercicio: frente al derecho subjetivo concebido por el ordenamiento jurídico para satisfacer el interés propio, aparece la potestad como poder de mando dirigido a la satisfacción de un interés ajeno⁹⁴⁴.

La potestad se erige, de este modo, en un título jurídico que sirve para describir el poder de un sujeto u órgano en distintas situaciones jurídicas subjetivas para la satisfacción de un interés ajeno u objetivo, tanto en el ámbito del Derecho privado -la

él. Sin embargo, con un distinto alcance: «el primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos y, por lo tanto no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho subjetivo se desenvolvería siempre en una correcta y particular relación jurídica». Asimismo, para ROMANO, hallaríamos la potestad frente al poder, concurriendo el elemento de autoridad en el primero, ausente en el segundo (en «Poderes. Potestades», cit., p. 332). En terminología de LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 11, la posibilidad de obrar se funda, en ocasiones, en un derecho subjetivo, y en otras en una facultad o poder jurídico para realizar el acto de que se trate. En fin, Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, cit., pp. 417 y 418, deslinda el derecho subjetivo de otras formas de poder jurídico: potestad, facultad y acción.

⁹⁴² Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 152.

⁹⁴³ Cfr. ROMANO, «Poderes. Potestades», cit., p. 332.

⁹⁴⁴ No ha sido fácil la andadura para alcanzar esta conclusión. En las discusiones de la primera mitad del siglo XX, protagonizadas entre otros por CARNELUTTI y PUGLIATTI, este último evidenció frente al primero la necesidad de distinguir la actividad de aquellos que ostentan un poder jurídico con eficacia en la esfera jurídica ajena en atención al dispar interés al que se dirige. Así, contraponía la actuación del órgano público frente a la actividad del representante (en extensión de un derecho o poder de otro) para destacar que ambos poderes integraban un *genus* común sin mayor distinción (tesis sostenida, a grandes rasgos, por CARNELUTTI en un primer tiempo). De este modo, en relación a la clásica disputa en torno a la naturaleza de la venta judicial, refería PUGLIATTI: «Bisogna fare riferimento all'elemento dell'interesse: nella rappresentanza legale, come in ogni forma di rappresentanza è a servizio di un interesse giuridico del rappresentato; nella vendita forzata essa attua un interesse alieno, che si oppone a quello del debitore titolare del diritto che viene trasferito, e prevale su di esso» (p. 298), y «Per quanto riguarda la rappresentanza legale e la vendita forzata, bisogna, secondo me, mettere in luce una differenza essenziale: nel primo caso il trasferimento (...) ha luogo in virtù di una manifestazione di volontà colla quale, realizzandosi un interesse del rappresentato, si può dire (...) che si eserciti un diritto di lui; nel secondo caso il trasferimento ha luogo in virtù di una manifestazione di volontà che è un atto di potere, il quale realizza un interesse pubblico alieno, che è a base della funzione pubblica che la legge affida all'ufficio esecutivo» (p. 299). Una breve síntesis de la referida disputa puede encontrarse en PUGLIATTI, «Vendita forzata e rappresentanza legale», cit., passim.

patria potestad⁹⁴⁵ - como de Derecho público -potestad jurisdiccional, potestad legislativa y potestades administrativas-.

De esta suerte, la potestad, como manifestación de la soberanía estatal, es atribuida a la administración concursal para la satisfacción de un interés jurídico superior, objetivo y ajeno. Queda así identificada a la perfección la posición que ostenta la administración concursal en el ejercicio de las atribuciones conferidas con una clara vocación pública, pues también el administrador, y no solo el órgano jurisdiccional, goza de la potestad conferida por ley para el restablecimiento del orden legal con sujeción del deudor (y los acreedores) al poder y obrar ajenos.

Este título justifica, por tanto, la atribución de poderes extraordinarios que dotan al administrador de una posición de autoridad, en ejercicio de las legítimas prerrogativas del Estado conferidas para enderezar la situación de crisis económica. Sin embargo, el poder de mando reconocido para la tutela de un interés ajeno no es absoluto.

De un lado, porque frente a la amplia discrecionalidad de que goza quien ejercita un derecho subjetivo propio, el titular de la potestad, en tanto que articulada para la satisfacción de un interés objetivo o ajeno, se halla limitado por la finalidad que justifica su atribución. El ejercicio de la potestad convive necesariamente con el deber que constituye el límite infranqueable para el cumplimiento de la función encomendada. De este modo, la administración concursal solo podrá realizar aquellas actuaciones que sean necesarias para la realización del cometido que justifica la concesión de aquel poder, reputándose una extralimitación toda actividad que sea contraria al denominado interés del concurso⁹⁴⁶.

De otro lado, porque la actividad de la administración concursal queda, en términos generales, supeditada al órgano jurisdiccional. Más allá del ámbito competencial propio y del que cabe predicar el reconocimiento de esta posición

⁹⁴⁵ Para CARNELUTTI el poder conferido al padre o a los progenitores se llama potestad y no derecho, pues la familia constituye la forma original del Estado «e il padre vi comanda non come parte ma come capo». Del mismo modo acontecía con el poder del marido respecto a la mujer, en tanto integrante de la familia y no como parte de una relación de matrimonio : «perciò il marito ha una potestà meglio che un diritto dotale, ma invece un diritto meglio che una potestà *in corpore uxoris*» (en *Teoria generale del diritto*, cit., p. 153).

⁹⁴⁶ En este sentido, TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 89. Como señala MOSCO, *La representación voluntaria en los negocios jurídicos* (trad. CERRILLO QUILEZ), colección Nereo, Barcelona, 1963, p. 23: «La discrecionalidad tiene un límite allí donde se produciría el abuso, es decir, donde el ejercicio del poder entra en conflicto con el deber relativo a la función y para cuyo cumplimiento ha sido dado el poder».

superior, la administración concursal depende, en última instancia, del juez, incluso, en ocasiones, para la delimitación del interés del concurso (v.gr., arts. 43.2 y 51.2 LC), lo que forzosamente exige discriminar una distinta posición en los términos *supra* expuestos.

3.3.2. La sustitución en el ámbito sustantivo y procesal

La potestad otorgada a la administración concursal por el Derecho objetivo, tras la aceptación del cargo, como título para actuar eficazmente en el patrimonio ajeno requiere algunas consideraciones más.

INVREA distinguía entre potestad jurídica y poder jurídico: «la potestà giuridica si distingue da quell'altro tipo di potere giuridico che è la facoltà inerente ad un diritto soggettivo, in quanto la potestà giuridica, appunto perché opera su terreno altrui, non ha per base un diritto soggettivo sull'oggetto dell'atto giuridico»⁹⁴⁷. La concreción de esta potestad permite, a su vez, deslindar entre la potestad de imperio y la potestad vicaria; la primera en ejercicio de un acto de imposición habilitado por el ordenamiento jurídico (v.gr., resolución de expropiación), la segunda en ejercicio de un acto de disposición igual a aquel que hubiere realizado el titular del derecho subjetivo para producir determinado efecto jurídico sobre el objeto del derecho. En virtud de la potestad vicaria, el *gerens* puede actuar bien en nombre del *dominus* (representación) bien en nombre propio (sustitución)⁹⁴⁸.

Entre estas dos últimas categorías existe, empero, una notable distancia. Mientras que la representación legal suple una voluntad que falta dentro de la esfera jurídica del representado, el sustituto actúa con plena eficacia en la esfera jurídica ajena, que le viene atribuida legalmente como acto propio suyo⁹⁴⁹ para cumplir los fines que preceptúa la Ley; estos fines pueden resultar contrarios a la voluntad o al interés del sustituido⁹⁵⁰.

En el ámbito que nos ocupa, como hemos analizado *supra*, las teorías expuestas se apoyaron, de manera destacable, en la representación, ya descartada como institución

⁹⁴⁷ Cfr. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 318.

⁹⁴⁸ Ibidem, pp. 318 y 319. Sobre la cuestión, de interés, GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., pp. 27 y ss.

⁹⁴⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., p. 28.

⁹⁵⁰ Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., p. 503.

válida a tales efectos. Sin embargo, esta no fue la única figura manejada. Desde que a finales del siglo XIX apareciera el concepto de *Prozeßstandschaft* de la mano de KOHLER⁹⁵¹, la sustitución se extendió como categoría doctrinal para explicar la eficacia jurídica de la actividad de un sujeto en una esfera jurídica ajena.

Así ocurrió inicialmente en Alemania e Italia donde la categoría, aunque con una evolución muy dispar, se desarrolló de manera destacable.

En el país germano, los primeros trabajos alteraron el concepto inicialmente ofrecido por KOHLER. STEGEMANN concibió la figura como la posibilidad otorgada por el Derecho material para defender en un proceso la acción de un tercero recayendo los efectos procesales sobre el litigante y los materiales sobre el tercero⁹⁵²; mientras que HELLWIG limitaba la figura a los supuestos en los que el ordenamiento concede a un tercero la facultad de actuar en un proceso como parte, en nombre propio, sobre relaciones jurídicas ajenas⁹⁵³. El primero catalogó el órgano de administración como un sustituto procesal del deudor; el segundo, optó por su consideración como administrador de un patrimonio autónomo, en tanto que su actuación no era en nombre propio sino de la masa concursal: el sustituto procesal del quebrado es, de este modo, la masa, y el patrimonio autónomo es llevado junto a los supuestos de sustitución procesal⁹⁵⁴.

Con exclusión de HELLWIG y algunos otros autores que dotan a la masa concursal de autonomía, la figura de la sustitución es desarrollada en la doctrina alemana (*Ersetzung* y *Ersatzgeschäft*) en un intento de construir una suerte de teoría general de la actuación de los administradores forzosos (*Zwangsverwaltern*). Se procuraba ya alejar de la representación a un conjunto de supuestos en los que un sujeto (sustituto) ejercitaba derechos de otro (sustituido) en contra de este, bien en virtud de un

⁹⁵¹ Vid. nota al pie 929.

⁹⁵² Vid. STEGEMANN, «Die Parteien im Prozeß», cit., pp. 354 y 355 (citado por NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 25).

⁹⁵³ HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozeßrechts*, vol. I, ed. Deichert, Leipzig, 1912, §72, pp. 166 y ss., habla también de *Prozessführungsrecht des Nichtberechtigten* (derecho de conducir el proceso a quien no es titular del derecho). Sobre las contribuciones de ambos autores, vid. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 25 y 26. Como destaca este autor, la caracterización de HELLWIG sienta las bases del posterior desarrollo de la figura: actuación de un tercero en el proceso, en nombre propio, sobre una relación jurídica ajena.

⁹⁵⁴ Vid. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*, cit., 1903, p. 322.

poder conferido legalmente (concurso) bien en atribución de ciertos cometidos de un patrimonio de destino creado por un particular (ejecutor testamentario)⁹⁵⁵.

Y no solo en el ámbito procesal sino también en el ámbito sustantivo⁹⁵⁶, donde la sustitución se consolidó como una novedosa categoría jurídica emancipada de la representación⁹⁵⁷.

Sin embargo, la sustitución de elaboración germana, que inicialmente era limitada a la atribución por Ley, se acabó ampliando a la concesión de facultades en virtud de negocio jurídico (*kraft Prozeßstandschaft*), momento en que la doctrina alemana e italiana se bifurcan para seguir recorridos distintos⁹⁵⁸.

En efecto, en Italia, CHIOVENDA recogió el testigo de los primeros trabajos de la doctrina germana en sus *Principii di diritto processuale civile* de 1906 y sobre esta base se asentó el devenir dogmático de lo que denominó “sostituzione processuale”. De este modo, refirió: «El sujeto particular de la relación procesal, no siempre es *necesariamente* el sujeto de la relación sustancial deducida en el pleito. Así como en Derecho privado hay casos en que se admite a algún sujeto el ejercicio en nombre propio de derechos ajenos, así otro puede comparecer en juicio *en nombre propio por un derecho ajeno*»⁹⁵⁹. Se diferencia, de esta suerte, la representación de la sustitución procesal: mientras el representante obra en nombre ajeno, siendo parte el representado, el sustituto procesal obra en nombre propio y es parte en el pleito. Ahora bien, continúa,

⁹⁵⁵ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 86, y la bibliografía ampliada sobre la cuestión de HEINMANN en nota al pie 54 del referido trabajo.

⁹⁵⁶ Aunque nacida en el ámbito del proceso, la sustitución es comúnmente reconocida en el campo de la teoría general del Derecho (como «imprescindible» la cataloga LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 83). En Italia, así se constata en CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 187 y 239; BETTI, *Teoria general del negocio jurídico*, cit., pp. 489 y ss.; y CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 578.

⁹⁵⁷ En este sentido, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 366, que atribuye el mérito de la construcción a HEINEMANN, «Das Ersatzgeschäft. Ein Beitrag zum allgemeinen Recht der Verwaltung und der Zwangsvollstreckung», *Grucho's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 69, 1928, pp. 319 y ss.; 550 y ss., y en «Die Verwaltungsrechts an fremden Vermögen. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der subjektiven Privatsrechte», *Grucho's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 70, 1929, pp. 508 y ss., aunque el inicio de su creación corresponde a KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs-und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Verlag von Julius Springer, Berlín, 1910, pp. 122 y ss.

⁹⁵⁸ Siguiendo a NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 27 y 28, es MUNDHENKE (en *Die Prozeßstandschaft, insbesondere die Prozeßstandschaft kraft Ermächtigung*, Hannover, 1931) quien por vez primera distingue entre la *Prozeßstandschaft legal (gesetzliche)*, única contemplada en su origen, y la voluntaria (*gewillkürte*), reconocida años atrás en la jurisprudencia.

⁹⁵⁹ Cfr. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. CASAIS Y SANTALÓ), tomo II, 3ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1977, p. 26.

«en cuanto el sustituto procesal está autorizado por la ley para comparecer en juicio por el derecho *ajeno*, de un lado esto tiene lugar en vista de una relación en que él se encuentra con su sujeto, y de otro, la actividad que realiza tiene necesariamente influencia y eficacia respecto del sujeto del derecho por el cual litiga»⁹⁶⁰. Se verifica, concluye, un fenómeno similar al de los patrimonios autónomos⁹⁶¹.

La doctrina italiana ulterior acogió, con escasas variaciones, la formulación de CHIOVENDA⁹⁶², aunque en el ámbito que afrontamos se postularon nuevas categorías para dar solución al poder de actuación del órgano de administración concursal.

De este modo, sucedió con la *surrogazione processuale*, una institución a caballo entre la representación procesal y la sustitución, creada por GARBAGNATI, dirigida a dar cobertura a aquellos supuestos en los que se atribuye poder de acción a quien no es titular de la relación jurídica en interés de sujetos distintos al legitimado -el administrador- y al titular -el deudor-: los acreedores⁹⁶³.

Igualmente aconteció con la *gestioni patrimoniali autonome in giudizio* de REDENTI que englobaba los supuestos de gestión -y, en su caso, liquidación- de determinados patrimonios destinados a fines u objetivos previamente establecidos (como la satisfacción de un grupo de acreedores), con sustracción de aquel patrimonio a

⁹⁶⁰ Vid. ibidem, pp. 26 y 27, con cita en nota al pie 1 de los primeros trabajos sobre la institución en Alemania e Italia.

⁹⁶¹ Ibidem, p. 28. De interés, nota al pie 5, donde refiere que las afinidades entre ambas figuras jurídicas explica por qué la doctrina (con citas de KOHLER, HELLWIG y STEGEMANN) coloca algunos casos, ya en una ya en otra categoría, con expresa alusión a la quiebra. Vid., asimismo, pp. 19 y 20.

⁹⁶² Entre otros, vid. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código* (traducción de SENTÍS MELENDO), tomo II, 2ª ed., Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 478; CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, cit., p. 279; y GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 209. Si bien este último (p. 231), junto a ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935, pp. 253 y 254, admiten la *sostituzione processuale volontaria*, de comprometido encaje a la vista del art. 81 *Codice di Procedura Civile*, que limita la sustitución procesal a los supuestos que determina la ley. En contra, en cambio, ROCCO, *Derecho Procesal Civil* (trad. TENA). *La legittimación para obrar* (trad. VASQUEZ DEL MERCADO), México, Porrúa, 1944, pp. 353 y ss. (citado por LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 83, nota al pie 97), para quien se trata de supuestos en que: «existe, no el ejercicio de un derecho de acción ajeno en nombre propio, sino más bien, el ejercicio de un derecho de acción propio, y, por tanto, en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena»; p. 356: «el pretendido fenómeno de la sustitución (...) no existe desde el punto de vista de la acción». Concepto que sustituye por el de representación impropia (p. 365), aún cuando reconoce su existencia como concepto de teoría general (pp. 165 y ss.).

⁹⁶³ En esta categoría agrupaba también a los custodios de los bienes objeto de secuestro. Vid. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 193 y ss.; MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., pp. 393 y 394; refiere la existencia de una «sostituzione o surrogazione forzata», DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori», cit., p. 115, y en *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 147; y, con carácter previo a GARBAGNATI, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, 2ª ed., cit., pp. 128 a 130, si bien limita el concepto a las hipótesis en que un órgano estatal actúa, a favor de un interés superior, en el lugar del titular de un derecho.

la libre disponibilidad de sus titulares nominales. En estos casos, en opinión de este autor: «hay una dislocación o una desviación en la serie consecucional acostumbrada (...) parte (titular) del derecho o de la relación sustancial, *ergo* parte de la acción, *ergo* de la pretensión»; de tal suerte que, para proteger el destino o finalidad de ese patrimonio, el titular del derecho deja de ser titular de la acción, que es transferida a un gestor en razón de su oficio⁹⁶⁴.

El autor italiano distanciaba así la gestión patrimonial autónoma de la sustitución procesal, pues aun cuando podía verse, en cierto modo, una sustitución, la aludida gestión autónoma «se injerta en el poder de disponer y para fines de carácter sustancial. En la sustitución (meramente) procesal en cambio, la parte en sentido sustancial conserva inalterada su posición de titular del derecho y de la acción, y su facultad de disponer personalmente de ellos, aunque se deje o se haga sustituir por otros en las actividades procesales en aquel determinado proceso pendiente, y es evidente cuán diversos pueden ser el régimen y las consecuencias»⁹⁶⁵.

Con todo, la sustitución sufrió en el país transalpino una notable expansión acogiendo supuestos distintos de los que inicialmente justificaron la creación de la figura -las administraciones forzosas-. Junto a estas, dentro la sustitución, se da resguardo a aquellos casos en los que un sujeto puede ejercitar derechos subjetivos ajenos, en su propio nombre e interés, sin privación de tal posibilidad por su titular (v.gr., la acción subrogatoria), así como a aquellos otros en los que el sustituto ejercita derechos ajenos para la satisfacción de un interés ajeno, sea público o privado (v.gr., administraciones forzosas en el concurso o en la herencia yacente o la realización de bienes en cualquier proceso ejecutivo, individual o colectivo). La figura acabó, de este modo, abarcando las hipótesis en que la ley autoriza a una persona a actuar sobre una esfera jurídica ajena tanto en la satisfacción de un interés propio -en ejercicio de un verdadero derecho subjetivo- como de intereses de terceros -en actuación de una

⁹⁶⁴ Cfr. REDENTI, *Derecho Procesal Civil. Nociones y reglas generales* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), cit., pp. 166 y 168, y en *Diritto processuale civile. Nozioni e regole generali*, cit., pp. 175 y 177.

⁹⁶⁵ REDENTI, *Derecho Procesal Civil. Nociones y reglas generales* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), cit., pp. 169 y 170, y en *Diritto processuale civile. Nozioni e regole generali*, cit., p. 179.

potestad o función-; y, en todo caso, procurando un interés distinto del titular de la esfera jurídica afectada, donde halla acomodo la representación⁹⁶⁶.

Pero incluso respecto a esta, difuminadas las bases inicialmente asentadas de la sustitución, se aprecia en algunos autores italianos el manejo de una concepción amplia de esta figura para describir todas aquellas hipótesis en las que concurría ausencia de identidad entre el sujeto que realiza el acto jurídico y el titular del interés afectado⁹⁶⁷. Se englobaba de esta suerte en la categoría a la representación, en contraste con la sustitución en sentido estricto, que nació, precisamente, para explicar los casos que no hallaban cobijo en la primera⁹⁶⁸.

Pese a las puntuales desviaciones, la concepción en sentido estricto de la sustitución, en virtud de la cual se puede actuar y litigar en nombre e interés propio con eficacia en una esfera patrimonial ajena, ha constituido un instrumento recurrente para explicar los efectos asociados al desapoderamiento tras la declaración de concurso. Destacadamente en Italia y España, se ha utilizado esta categoría para describir la actividad de los órganos de administración respecto al patrimonio del deudor⁹⁶⁹.

En Italia, se afirma que la declaración de concurso determina una *sostituzione* del *ufficio fallimentare* respecto al deudor en la disposición, y en general, en el gobierno del patrimonio concursal, en virtud de la cual los órganos del concurso asumen el poder

⁹⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., p. 368, y DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori», cit., pp. 115 y ss.

⁹⁶⁷ Manejan esta acepción amplia, entre otros, SANTORO PASARRELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 5ª ed., Casa editoriale Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 243 y ss.; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 489 y ss.; y CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 578.

⁹⁶⁸ Vid. CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, cit., p. 27, nota al pie 1 *in fine*.

Como explica MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 365 y 366, la sustitución en sentido estricto, concebida por la doctrina alemana en un primer tiempo para explicar la naturaleza de los administradores forzosos, se contraponen claramente a la representación. En esencia porque en la sustitución, el sustituto actúa sin o contra la voluntad del sustituido, frente a la representación en la que el representante está subordinado en su actuación a la voluntad del representado. Así refiere la autora: «el sustituto se encuentra en una situación de superioridad respecto del sustituido y, como consecuencia de ello, éste queda excluido del ejercicio de los derechos que entran dentro del ámbito de la sustitución. El sustituto es un órgano de ejecución contra el titular del patrimonio, cuyas facultades de actuación se apoyan en el poder de sustitución, el cual tiene a su vez el origen en un negocio (Rechtsgeschäft) del Estado (v.gr., en el supuesto del síndico) o de un particular (como por ej. en el caso del ejecutor testamentario)».

⁹⁶⁹ Para Italia y España, vid. *infra* las notas que siguen. En Alemania, entre otros, vid. HELLWIG, *System des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, cit., §72, pp. 166 y 167.

de disponer de los derechos comprendidos en el mismo⁹⁷⁰. Y, concretamente, esta sustitución se exterioriza en el *curatore*, integrante del *ufficio*⁹⁷¹.

Ahora bien, desde el punto de vista técnico, la amplitud del expediente ha llevado consigo un empleo deficiente de la figura. Buena prueba de ello es que la mayoría de autores, aun defendiendo que, con carácter general, se produce una *sostituzione*, niegan a renglón seguido que esta opere en el ámbito procesal⁹⁷².

De esta suerte, algunos consideran que el *curatore* es el representante del deudor, verdadera parte en el proceso⁹⁷³. Otros, en cambio, excluyendo supuestos para los cuales se concibió la figura, estiman que no se produce tal sustitución procesal, pues el órgano de administración no procura un interés propio sobre derechos ajenos sino que actúa en interés de terceros en virtud de una potestad o función⁹⁷⁴. Finalmente,

⁹⁷⁰ Cfr. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 147. Vid. asimismo, entre otros, BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., p. 10, y PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., p. 271 y 290 y ss. En esta dirección, PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., p. 162, que adiciona que la *sostituzione* del complejo orgánico que integra l'*ufficio* no solo opera respecto al deudor sino también respecto a los acreedores, pudiendo ejercitar todas las acciones revocatorias, subrogatorias y de simulación pertenecientes a estos. En esta misma línea, respecto al ejercicio de tales acciones, DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito e ai creditori», cit., pp. 115 y ss., con estudio de su significado. En contra de que opere tal sustitución, FERRARA (JR.), *Il fallimento*, cit., pp. 273 y ss.

⁹⁷¹ Se trata de una sustitución efectuada a favor del conjunto de órganos unitariamente considerado: su ejercicio se distribuye entre los mismos según las funciones específicas legalmente atribuidas, actuando cada uno de los órganos con la legitimación del conjunto (cfr. PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 162, 196 y 197, y *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 206, 207 y 219).

Manejan la figura de la sustitución, entre otros, CANDIAN, *Il processo di fallimento*, 2ª ed., Padova, 1939, pp. 128 y ss.; INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., pp. 322 y 323; DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», cit., pp. 113 y ss.; VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Cedam, Padova, 1951, pp. 13 y ss.; SATTA, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 37 y 38, 109 y ss., 230, y *Diritto fallimentare*, cit., pp. 118 y ss.; FERRARA (JR.), «Curatore del fallimento», *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, edición digital (www.iusexplorer.it), pp. 1 y 2; y, PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., p. 290.

⁹⁷² En este sentido, BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., p. 14. BONSIGNORI, «Fallimento», *Digesto*, 1990, edición digital (bddx.leggiditalia.it), pp. 52 y 53: «superate ormai le vecchie concezioni sulla rappresentanza del fallito, dei creditori, o dell'uno o degli altri secondo le circostanze, si è ipotizzato il ricorso alla nota figura della sostituzione processuale (...) mi sembra più opportuno riportare anche l'attività in giudizio del curatore stesso alla qualificazione di ausiliario di giustizia, anziché avvicinarla ad altre figure specifiche del diritto processuale civile». En gráfica expresión de SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 31 y 32: «pensare di ragionare in termini di sostituzione processuale sarebbe un'utopia, mentre pare più realistico descrivere la posizione del curatore nel processo come un singolare fenomeno di "ermafroditismo giuridico"».

⁹⁷³ Como representante del deudor, vid. SATTA, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 149 y ss. Entiende, en cambio, que es parte el *curatore*, SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, cit., p. 87.

⁹⁷⁴ En este sentido, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 147 y 148: «Non si tratta di una vera e propria *sostituzione processuale*, la quale postula che il soggetto agisca nel processo per un interesse proprio relativamente a rapporti giuridici altrui, ma di surrogazione forzada sostanziale, che si riflette sul proceso, quale strumento per l'esercizio e la tutela dei rapporti sostanziali investiti dalla "sostituzione", determinando in esso una parallela posizione degli organi del

encontramos quien emplea la figura para describir una realidad que, en rigor, no encaja técnicamente en el concepto, aunque plásticamente exterioriza a la perfección la superposición del poder del *ufficio* sobre el deudor⁹⁷⁵.

En España, la sustitución ha tenido destacados adeptos para describir la posición y hallar explicación a la eficacia de los actos de la administración concursal en la esfera jurídica del deudor.

Entre otras voces autorizadas, se ha sostenido: «el síndico (...) ostenta, en síntesis, por vía de sustitución, como titular de ejercicio, todas y cada una de las facultades que correspondían al deudor y de las que éste ha sido desposeído en virtud de la declaración de quiebra»⁹⁷⁶; «los síndicos, en el sistema español, representan a los acreedores, de quienes reciben su nombramiento; pero en cuanto toman posesión de sus cargos, asumen la legitimación indirecta o por sustitución para realizar sobre el patrimonio del concursado o quebrado cuantos actos de disposición sean precisos, así como ejercitar sus acciones procesales o comparecer en juicio como sustitutos del deudor demandado»⁹⁷⁷; o, en fin, el órgano de administración «actúa en nombre propio -

patrimonio separato, agenti su un rapporto soggetto anche sotto il profilo sostanziale alla loro disponibilità. La conseguenza è che, nei giudizi concernenti interessi compresi nel patrimonio separato fallimentare, il fallito si trova nella identica posizione di “*indisponibilità*” nella quale si trova rispetto ai medesimi interessi nel campo del diritto sostanziale; e per tanto i rapporti giuridici dedotti nel processo *rimangono insensibili alle pronuncie giudiziali che il debitore possa conseguire*, all’identico modo come rimangono insensibili alle sue disposizioni di carattere sostanziale».

⁹⁷⁵ Al respecto, vid. PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, cit., p. 290: «La sostituzione dell’ufficio fallimentare è sostituzione nell’utilizzo di uno strumento processuale per raggiungere il fine costituito dalla realizzazione del diritto sostanziale del fallito. Per effetto della sostituzione processuale l’esito delle azioni proseguite o promosse dall’ufficio fallimentare si innesta direttamente nel patrimonio del fallito, con la peculiarità che la sostituzione consente di esperire azioni che il fallito non avrebbe potuto promuovere, come ad esempio le revocatorie, e di inserirne il risultato economico positivo nel patrimonio ricostruendolo nell’interesse dei creditori, senza che il fallito possa disconoscere tale ricostruzione, nemmeno a fallimento chiuso o revocato. Ciò consente di percepire una specificazione del fenómeno della sostituzione: durante il fallimento (...), il patrimonio del fallito viene amministrato liquidatoriamente da chi per lui (l’ufficio fallimentare), con criteri che tengono prevalentemente conto di interessi altrui (creditori), e gli viene reso, de residuo, (ma giuridicamente senza rilevanza), con il vincolo di accettare, *rectius*, subire, l’esito di tale amministrazione “come se fosse” frutto della sua volontà o del suo operato; volontà ed operato a cui (come della volontà dell’operato dei creditori) il legislatore ha preferito non affidarsi per garantire una *giusitiza super partes*».

⁹⁷⁶ Cfr. POLO DÍEZ y BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de “Barcelona Traction”*, cit., pp. 49 a 51, con cita en esta misma dirección de RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Instituto tecnológico de Monterrey, Méjico, 1947, p. 721: «El Síndico actúa en nombre propio y por derecho propio, con facultades sobre bienes ajenos (...) mediante la sindicatura concursal se opera una sustitución en la forma del ejercicio de derechos patrimoniales; el Síndico actúa en el lugar del sujeto no por cuenta del sujeto, produciendo efectos incluso contra y en perjuicio del titular del patrimonio».

⁹⁷⁷ Cfr. CARRERAS LLANSANA, «El juez y la sindicatura del concurso», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, p. 87.

en virtud de un cargo u oficio- y en el interés ajeno», esto es, se produce un caso de «sustitución en interés del substituido»⁹⁷⁸.

Nuevamente la sustitución parece presentar cualidades para describir externamente el desapoderamiento que padece el concursado y el empoderamiento que recibe la administración concursal en la gestión concursal tras la declaración de concurso. Pero las críticas vertidas en torno a la amplitud del concepto constituyen un válido argumento para desechar su empleo en esta sede. Sin duda en el ámbito sustantivo, donde coincidirá con otros expedientes que forzosamente es necesario deslindar, pero también en el ámbito procesal, donde no se reputa acertado técnicamente su manejo para describir la posición jurídico procesal de la administración concursal.

En el ámbito sustantivo, la sustitución, como «encargo a una persona de la facultad de actuar y decidir por otra»⁹⁷⁹, podría *a priori* ser de utilidad. Consideramos empero cuestionable que así sea por mucho que superficialmente parezca operar tal sustitución. En primer lugar, porque las facultades atribuidas *ex lege*, en virtud de un título propio y no por traslación de las facultades del deudor, no son coincidentes con aquellas que correspondían a este con anterioridad a la declaración de concurso. Como ya apuntamos, se reconocen mayores facultades -v.gr., determinadas facultades en materia contractual *ex art.* 166 a 168 TRLC o el ejercicio de acciones rescisorias concursales-, y, al mismo tiempo, menores, por cuanto los límites del poder atribuido y la discrecionalidad en el ejercicio de su actividad están claramente supeditados a la

⁹⁷⁸ Cfr. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 101 y 102.

Una lectura distinta e interesante de esta sustitución en la quiebra es la propuesta por GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra de la "Barcelona Traction, Light and Power C.º, Ltd."*, cit., pp. 503 y ss.: a juicio del autor, con la declaración de insolvencia es la masa de la quiebra la que, en rigor, sustituye a deudor y acreedores. Para el referido autor, esta unidad dinámica patrimonial no está dotada de personalidad jurídica ni la necesita; es un patrimonio destinado a un fin, independiente y separado ya de su titular, gestionada por los órganos del concurso. En el ejercicio de las atribuciones de administración y disposición que la Ley les confiere, estos órganos no actúan en representación de la masa ni de los substituidos por ella: «la masa está afecta a un fin de interés público y los órganos de la quiebra la administran, en función pública, al servicio de aquel fin». Esto es, los órganos del concurso ejercitan o desempeñan la referida sustitución para atender la función de satisfacción a la que está afecto el patrimonio concursal y los actos de disposición o de realización de la masa por aquellos se justifican en tanto persigan tal fin. La sustitución no operaría, sin embargo, entre órganos y deudor ejecutado, sino entre masa concursal y deudor y acreedores, ejercitando los órganos del concurso la sustitución descrita mediante el cumplimiento de los mandatos legalmente impuestos para la satisfacción de los acreedores y el interés público.

⁹⁷⁹ De este modo es definida por BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 100 a 102.

finalidad específica para la que es nombrada⁹⁸⁰. No se puede afirmar, por tanto, que se actúe sustituyendo al deudor.

En segundo lugar, porque la figura, en su concepción estricta, es generalmente reconocida para describir situaciones que nada tienen que ver con la que a nosotros preocupa: el ejercicio de derechos subjetivos ajenos en nombre e interés propio (v.gr., acción subrogatoria). Y ello encuentra actualmente recto reflejo en el ámbito procesal, donde la fórmula de la sustitución ha evolucionado hacia un concepto mucho más acotado.

En definitiva, en el ámbito sustantivo, siendo indiscutible la utilidad de la sustitución en tiempos pretéritos -a ella corresponde el mérito de haber extraído del ámbito de la representación supuestos que desbordaban los límites definidores de esta figura-, actualmente, por la variedad de hipótesis que acoge, deviene una construcción inútil.

Es decir, la sustitución material se erige en un expediente clasificatorio sin un valor técnico preciso⁹⁸¹. Y sin una significación jurídica concreta, la figura resulta inservible a los efectos que perseguimos. Solo en un sentido gráfico y coloquial se reputa admisible el empleo de la sustitución (material) que, en nuestro tiempo, solo ha adquirido técnicamente verdadera carta de naturaleza en el ámbito procesal.

En el proceso, hay quien brillantemente ha defendido, en aplicación de la idea de CHIOVENDA, que la atribución del derecho a conducir un determinado proceso ejercitando un derecho subjetivo de otro, trasposición procesal de la facultad de disposición sustantiva, cae de lleno en el ámbito de la sustitución procesal. Y no importa que el *dominus* quede privado del poder de disposición (como en el concurso) o que no medie tal privación (como en la acción subrogatoria) para describir el fenómeno

⁹⁸⁰ Argumento empleado por BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 102, que, a pesar de ello, defiende que la sustitución es la figura que mejor describe la situación del órgano de administración. Con todo, admite en nota: «la falta de concreción legal en torno a la sustitución original, sin embargo, que la posición jurídica de los síndicos quede amparada en el ámbito de la representación legal, salvo en aquellos supuestos específicos en que su actividad no se realice en interés del quebrado».

⁹⁸¹ Al respecto, vid. RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, ed. Giuffrè, Milano, 1969, pp. 25 y ss. Como señala DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, cit., p. 60: «la construcción de una teoría general de la sustitución en la actividad jurídica se hace extraordinariamente difícil, si no decididamente imposible».

en virtud del cual se produce la imputación de un acto procesal de un sujeto en la esfera jurídica ajena⁹⁸².

En tiempos actuales, como decimos, este concepto de sustitución procesal ha sido abandonado con acierto por la mayoría de la doctrina que hace un manejo mucho más limitado de la figura. Es así que solo nos hallamos ante una verdadera sustitución procesal en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto la acción para hacer valer en juicio un derecho subjetivo ajeno en nombre e interés propio⁹⁸³. O, como también se ha dicho, se habilita por la ley a un sujeto para defender en el proceso un interés ajeno en interés propio⁹⁸⁴.

Se distingue, de esta manera, la sustitución como categoría que engloba todos -o casi- los supuestos en los que un tercero actúa en juicio para defender una relación material ajena, de aquella otra más acotada, comúnmente ya preferida, en virtud de la cual un sujeto actúa en un proceso para controvertir una relación material ajena, en nombre e interés propio, para los casos en que el titular material se presenta inactivo⁹⁸⁵.

Y de este modo descrito parece obvio que, por cuanto la administración concursal, con carácter general, no actúa en defensa de un interés propio sobre derechos ajenos, sino en interés ajeno (el de la masa) en virtud de la potestad o función legalmente conferida, no concebimos que el fenómeno tenga encaje en la figura de la sustitución procesal⁹⁸⁶.

⁹⁸² Vid. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil...*, cit., pp. 141 a 144, para quien en coherencia los síndicos son sustitutos del quebrado o concursado. En un sentido amplio también la STS (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1222): «Que así como “por representación” una persona puede ejercitar derechos ajenos y, en este caso el representado es parte en el litigio, en derecho procesal “por sustitución” se puede actuar en juicio por un derecho ajeno siendo parte el sustituto al que siempre liga un interés con el sustituido».

⁹⁸³ Por todos, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ), 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 156 y 157.

⁹⁸⁴ En este sentido, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 44 y ss. Un elenco de supuestos admitidos de sustitución procesal puede encontrarse en la misma obra de este autor, pp. 84 y ss., en MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 355 y ss., y en JUAN SÁNCHEZ/ORTELLS RAMOS, «Capítulo 6», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 121 y 122.

⁹⁸⁵ Cfr. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, ed. Dijusa, 2005, p. 38.

⁹⁸⁶ De esta opinión, en el régimen de la LC, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., p. 157, para quien si es suficiente para hallarnos ante un supuesto de legitimación por sustitución que un sujeto actúe por derechos ajenos, no siendo representante (porque él es la parte), se podría sostener que los administradores concursales (como los de la herencia yacente) son sustitutos. Sin embargo, este concepto de sustitución es inadecuado por amplio, debiendo mantener las notas de actuación en nombre propio e interés propio del legitimado. En relación a los derogados arts.

3.3.3. La legitimación sustantiva y aproximación a la legitimación *ad causam* en sede procesal

Descartada la sustitución, en el plano sustantivo y procesal, como figura válida con apoyo en la cual explicar la eficacia de los actos de la administración concursal en la esfera jurídica del deudor, hemos de reconducir el estudio a otra categoría conectada con la sustitución: la legitimación.

51 y 54 LC (actuales arts. 119 y 120 TRLC), niega también que nos encontremos ante una sustitución, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 327 y 328, para el que, en los supuestos de suspensión, la legitimación la ostenta la administración concursal si bien se trata de «una legitimación que, siendo extraordinaria, no lo es desde luego por sustitución procesal». Asimismo, en contra de que nos encontremos ante una sustitución, DURO VENTURA, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la legislación concursal* (coord. PALOMAR OLMEDA), Dykinson, Madrid, 2004, p. 540; y, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 627, para quien la administración concursal no ostenta la cualidad de sustituto procesal en sentido estricto.

De diferente opinión, en cambio, catalogando el fenómeno como una legitimación por sustitución, MARTÍN PASTOR, «Declaración de concurso: presupuestos, competencia, procedimiento y efectos», *Tribunales de Justicia: revista española de Derecho procesal*, nº 12, 2003, p. 40; RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 292; GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, cit., p. 390; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 544; y, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 109, nota al pie 18.

En el antiguo concurso de acreedores y quiebra, defendían que operaba una legitimación por sustitución del administrador y síndicos respecto al titular del patrimonio (deudor), entre otros, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario* (con HERCE QUEMADA), cit., pp. 141 a 144, y CARRERAS LLANSANA, «El juez y la sindicatura del concurso», cit., p. 87. Asimismo, con matices, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, cit., p. 181: «Se trata, por lo tanto, de una pura imposibilidad fundada en el desapoderamiento que sufre de sus bienes y que transmite a los órganos del concurso o quiebra las facultades procesales correspondientes no en representación, sino en sustitución de los que en el futuro hayan de ser titulares de los bienes sobre los que el concurso o quiebra recae». Idea en la que ya insiste previamente en p. 176: «los administradores del concurso (...) actuarán (...) como sustitutos de los titulares futuros e indeterminados de las relaciones jurídicas que en uno y otro caso están en juego».

Finalmente, de este modo parecía concebirse en el Proyecto de LEC de 1972 de Profesores de Derecho Procesal donde se contemplaba la sustitución en casos de pérdida de legitimación en el art. 13-I: «En el caso de que la parte perdiera su capacidad o quedara inhabilitada para el ejercicio del derecho deducido en el juicio, por haber perdido la legitimación con que viniese actuando, el representante o el sustituto deberá acreditar suficientemente el hecho que hubiese motivado la pérdida de la capacidad o la inhabilitación, como asimismo la cualidad con la que pretende comparecer y actuar. El mismo requisito habrá de cumplir el titular de la relación jurídica cuando pretenda comparecer y actuar en un juicio iniciado por medio de representante o de sustituto que posteriormente haya perdido una u otra cualidad, a causa de haber adquirido o recobrado dicho titular su capacidad o su legitimación». Así, vid. PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, tecnos, Madrid, 1972, p. 184. Asimismo, vid. la Exposición de Motivos, en p. 42 del mismo volumen: «El aludido artículo 13 recoge, de manera adecuada, en su párrafo I, tres hipótesis (...); la del litigante que pierde, también después de iniciado el juicio, su legitimación por inhabilitación, habiendo entonces de entrar en él quien adquiera la legitimación indirecta; y la de los juicios que, habiendo sido promovidos por un representante o sustituto, deben ser seguidos por el titular de la relación jurídica que ha adquirido o recobrado en el interin su capacidad o su legitimación directa».

En el régimen anterior a la LC, descarta la sustitución procesal y apuesta bien por la atribución de la condición de parte por razón del cargo bien por la de representante necesario de la masa concursal, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, cit., p. 44. Sobre la cuestión, vid. Capítulo VIII.

En teoría general, la legitimación ha sido definida como «el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo»⁹⁸⁷. Esto es, la posibilidad jurídica reconocida por el Derecho objetivo a un sujeto de producir con un acto, en orden a un determinado objeto, un concreto efecto jurídico⁹⁸⁸.

Esta posibilidad de obrar puede fundarse en un poder jurídico preexistente del sujeto agente (derecho subjetivo o potestad jurídica) o consistir en una simple posibilidad, de no concurrir aquel⁹⁸⁹. De esta suerte, la legitimación podría ser clasificada en *legittimazione da potere*, cuando se funda en un poder jurídico, y en *legittimazione semplice*, cuando se adolece de tal poder⁹⁹⁰.

Esta doctrina es proyección de los intentos auspiciados por CARNELUTTI de hacer extensible el concepto de la legitimación procesal a otras disciplinas⁹⁹¹. Nos

⁹⁸⁷ Cfr. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 11. Para BETTI «la legitimación de la parte puede definirse como su *competencia* para alcanzar o soportar *los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses* a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica *posición del sujeto respecto a los intereses* que se trata de regular» (en *Teoría general del negocio jurídico*, cit., p. 203).

⁹⁸⁸ Cfr. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 316.

⁹⁸⁹ Al respecto, vid. GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., *passim*.

Una clasificación distinta localizamos en LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 11, que opta por distinguir entre derecho subjetivo y otros títulos jurídicos habilitantes como pueden ser facultad o poder jurídico para la realización del acto de que se trate. Vid. nota al pie 53 del trabajo de LADARIA donde ofrece los conceptos de facultad y poder jurídico aportado por algunos autores. Sobre algunas de las nociones limítrofes con la legitimación, vid. pp. 14 y ss. Por el momento nos servimos de la clasificación ofrecida por INVREA, que manejamos en texto, desarrollo de la tesis de CARNELUTTI sobre la materia.

⁹⁹⁰ Cfr. INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., pp. 317 y 321. El poder jurídico habilitante para realizar actos con plena eficacia puede consistir en una facultad, inherente al derecho subjetivo (destacadamente, la facultad de disposición), o en una potestad, cuando es el ordenamiento jurídico quien dota de un concreto poder a un sujeto para actuar con plena eficacia en la esfera jurídica ajena. Junto a ello, se incluye la simple posibilidad, que permite explicar supuestos en los que sin existir previo poder del sujeto sobre el objeto se pueden, en cambio, realizar actos eficaces (v.gr., *res nullius* mediante su ocupación).

⁹⁹¹ Este trasplante de la legitimación a la teoría general del Derecho fue generalizada por el maestro italiano a través de las siguientes obras: *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, vol. III, Cedam, Padova, 1933, pp. 231 y ss.; *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, Cedam, 1933, pp. 164 y ss.; *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, pp. 130 y ss.; «Legittimazione a comprare», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935, I, pp. 502 a 504; *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1951, pp. 179 y ss. y 238 a 240. Seguida, entre otros, en Italia, por INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., pp. 313 y ss.; FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939, pp. 184 y ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 136; MONACCANI, *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 94 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., pp. 528 y ss.; y BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 203 y ss. En España, vid. LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., pp. 1 y ss. y 42 y 43; y Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, cit., pp. 60-

referimos a los empeños expresamente manifestados de construir una teoría general de la legitimación válida no solo en el ámbito del Derecho privado, sino también en el campo del Derecho público, especialmente en el terreno penal al que prestó especial atención⁹⁹².

Ello, indefectiblemente, pasaba por ampliar el concepto de legitimación inicialmente concebido en el ámbito procesal⁹⁹³ y erigir aquel en requisito subjetivo de todo acto jurídico⁹⁹⁴. El valor de la construcción es indiscutible -nótese su impacto en el

62. Parece reconocerlo también, GUASP, *La quiebra de la "Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd"*, cit., pp. 77 y ss.

En contra de este trasplante de la figura a la teoría general del derecho, RESCIGNO, voce «Legittimazione (Diritto sostanziale)», *Novissimo Digesto italiano*, tomo IX, 1963, pp. 716 a 721, y DI MAJO, voce «Legittimazione negli atti giuridici», *Enc. Dir.*, t. XXIV, 1974, pp. 52 y ss.

Fundamental, GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., *passim*, que dedica el trabajo a analizar la idoneidad de trasplantar el concepto de legitimación desde el derecho procesal a la teoría general y emplearlo tanto en el ámbito del derecho privado, para la teoría del negocio jurídico, como en el del derecho penal, para la teoría del delito. Sobre la evolución experimentada por la legitimación, vid. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., pp. 94 y ss.

⁹⁹² Vid. CARNELUTTI, *Teoría general del delito* (trad. CONDE), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 106: «Así se delinea la noción de legitimación, categoría general de los fenómenos jurídicos, de la cual son otras tantas especies la legitimación en el delito, en el acto ilícito en general, en el acto debido y en el negocio, como la competencia en el proveimiento, idoneidad del agente para producir con su acto efectos jurídicos determinados en razón de su posición respecto al conflicto de intereses a que se refiere». La legitimación y competencia aparecen así como categorías análogas para describir: la primera, actos de Derecho privado, y, la segunda, según sea judicial o administrativa, la potestad de mando o competencia administrativa atribuidas a tribunales y Administración (p. 103).

La aplicabilidad de la figura se sintió incluso en aquellos autores que discreparon con las ideas de CARNELUTTI en la determinación del poder jurídico que permitía explicar la eficacia de los actos de un sujeto (destacadamente de los órganos públicos) en la esfera jurídica de terceros.

⁹⁹³ Siguiendo a MARTÍNEZ FLÓREZ, los primeros intentos de este trasplante de la legitimación al ámbito sustantivo se ubican en la doctrina alemana (*legitimationstheorie*) que definía esta como el poder jurídico de disposición o para el ejercicio del contenido de los derechos que deriva de la apariencia jurídica de la titularidad. Se procuraba de este modo explicar la eficacia de los actos realizados por el no titular cuando este, sin embargo, parecía serlo (v.gr., disposición realizada por el sujeto no titular inscrito en el Registro, la efectuada por el poseedor de cosa mueble, la realizada por el poseedor de un título valor o el heredero aparente). Sobre la cuestión, con amplia reseña bibliográfica alemana, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 307 y 308, nota al pie 3; asimismo, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 42.

En Italia, vid. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, cit., pp. 60 y ss., especialmente, pp. 71 y ss., con tratamiento de la cuestión en relación a los títulos de crédito, los derechos reales y el heredero aparente.

⁹⁹⁴ CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p. 75. Con todo, el propio CARNELUTTI modifica su inicial posición y reconoce en un trabajo posterior: «la legittimazione è stata dame concepita come un requisito dell'atto giuridico e collocata perciò nella parte dedicata allo studio dinamico del diritto. Più tardi mi sono accorto, da un lato che i caratteri indicati mediante il concetto di legittimazione riguardano più propriamente il rapporto che non l'atto giuridico; dall'altro che (...) il concetto di legittimazione non abbraccia tutti i dati, il cui raggruppamento deve pertanto farsi mediante un concetto più vasto» (en *Teoria generale del diritto*, cit., p. 180). Recurre así a lo que denomina «qualificazioni», para explicar las denominadas relaciones jurídicas cualificadas (frente a las simples), cuya existencia es más o menos dependiente de otra relación jurídica preexistente. Se produce así una combinación entre una relación «cualificante» y una relación «cualificada» que solo puede ser explicada desde un concepto más amplio como el de «qualificazione». En la clasificación de esta vasta categoría, CARNELUTTI afirma que la «qualificazione» solo puede ser reconducida a la legitimación cuando «la dipendenza del rapporto

ámbito del Derecho privado, donde actualmente esta figura es aceptada entre la doctrina civilista como un presupuesto subjetivo para el ejercicio eficaz de los actos jurídicos⁹⁹⁵-, pero en igual grado puede resultar peligroso el empleo de la legitimación si queremos explicar fenómenos que, en rigor, precisan de una mayor concreción.

La posibilidad jurídica de obrar del administrador en el concurso se ha de esclarecer, para algún autor, desde los moldes de la legitimación⁹⁹⁶. En este sentido, se podría afirmar que, con la aceptación del nombramiento, se confiere a la administración concursal el requisito subjetivo-objetivo que conforma la legitimación y que le habilita para la realización de cuantos negocios jurídicos y actos jurídicos repute necesarios.

Sin embargo, el encuadre de la legitimación en el Derecho privado material en general y, concretamente, como institución útil para describir la cualidad subjetivo-objetiva en virtud de la cual actúa la administración concursal, ha sido blanco de severas críticas⁹⁹⁷.

Como es lógico, la máxima repercusión de la figura se adquiere en los supuestos de legitimación indirecta y extraordinaria, es decir, en las hipótesis en las que no existe identidad entre el autor del acto jurídico y el titular de la esfera jurídica en la que este produce sus efectos característicos. La figura abarca, en consecuencia, supuestos muy

qualificato dal rapporto qualificante supponga la permanenza del primo rispetto al secondo, ossia la loro *simultaneità*, nel senso che non solo l'essere esistito, ma l'*esistere attuale* del primo sia richiesto affinché spieghi effetto rispetto al secondo» (p. 182). Habla entonces de legitimación como denominación convencional para expresar lo que, en puridad, es una «qualificazione simultanea» (p. 183). Y con esta descripción nuevamente encuentra un paralelismo entre la legitimación y la potestad que ejerce el órgano jurisdiccional: «Nel campo medesimo del processo, accanto al diritto soggettivo della parte, la potestà del giudice presenta un modo di essere analogo in quanto dipende da un diverso rapporto, che lega il giudice allo Stato facendone un impiegato con un certo posto e di un certo grado in un ufficio giudiziario; codesta relazione tra i due rapporti o dipendenza di un rapporto dall'altro è stata denotata con il nome di competenza ancor prima che ci si potesse rendere conto della sua vera natura. La competenza *giudiziaria* è, a sua volta, la specie di un genere più ampio, entro il quale si collocano, accanto ad essa, la competenza *legislativa* e la competenza *amministrativa*» (pp. 185 y 186).

⁹⁹⁵ En España, por todos, LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., passim; sobre la génesis de la teoría de la legitimación, vid. pp. 42 y 43 del mismo trabajo. Asimismo, entre otros, DíEZ PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil I*, cit., p. 429; RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I, Parte general*, vol. 3º (con LACRUZ/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RAMS ALBESA), Dykinson, Barcelona, 1984, p. 113; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil español I*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1987, p. 143; y RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, cit., pp. 288 y ss.

En Italia, entre otros, CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., pp. 528 y ss., y BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 138 y ss., 191 y ss., y, especialmente, pp. 203 y ss.

⁹⁹⁶ Por todos, TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 80 y ss.

⁹⁹⁷ En España, destacadamente, MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 315 a 319. De interés también, con carácter general, en Italia, RESCIGNO, voce «Legittimazione (diritto sostanziale)», cit., pp. 717 y ss., y DI MAJO, voce «Legittimazione negli atti giuridici», Enc. Dir., t. XXIV, Milano, 1974, pp. 52 y ss.

heterogéneos: todos aquellos en los que el ordenamiento reconoce a un sujeto «la posibilidad de realizar, en nombre propio o ajeno, un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica de la que no se es titular, respetando la titularidad» o «de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, en nombre propio, en virtud de una apariencia de titularidad o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente»⁹⁹⁸. Acoge de esta suerte, entre otros, los supuestos de representación (legal y voluntaria), sustitución, gestión de negocios ajenos, autorización, o adquisición *a non domino*⁹⁹⁹.

En la amalgama de hipótesis que ampara se residen los principales reproches. Se debe declinar así para algunos el intento de proporcionar un significado jurídico preciso¹⁰⁰⁰; para otros se reputa, por la misma razón, de dudosa conveniencia su sistematización¹⁰⁰¹; y, en fin, hay quien sostiene que la noción ostenta un valor meramente descriptivo, innecesario para explicar por qué determinados sujetos pueden realizar actos jurídicos eficaces sin ser titulares de derechos subjetivos: basta acudir a la institución concreta y a su régimen jurídico para explicar con suficiencia el fenómeno que acoge¹⁰⁰².

⁹⁹⁸ Seguimos así la clasificación ofrecida por LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., p. 40, que junto a la legitimación directa reconoce las referidas legitimación indirecta y extraordinaria.

⁹⁹⁹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁰⁰ Vid. DI MAJO, voce «Legittimazione negli atti giuridici», cit., p. 53.

¹⁰⁰¹ Vid. RESCIGNO, voce «Legittimazione (diritto sostanziale)», cit., 720.

¹⁰⁰² Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, cit., pp. 315 a 317. A juicio de la autora es imposible realizar una construcción unitaria incluso respecto a la legitimación directa, dado el dispar régimen jurídico asociado a los dos supuestos que atiende. Como sabemos, la legitimación directa halla fundamento en la titularidad del derecho subjetivo, y concretamente en las facultades que forman parte de su contenido; de este modo: «existe falta de legitimación tanto en el caso de que falte la titularidad del derecho como cuando el titular no pueda ejercitarlo porque la ley, la autoridad judicial o cualquier otro sujeto le hayan prohibido el ejercicio de las facultades que integran el contenido del derecho del que es titular». En el primer caso, el acto de disposición en virtud del cual se vende un bien por quien no es propietario es válido y productor de efectos; cuestión distinta es que si el vendedor no entrega la cosa, incumplirá su obligación y, por tanto, el comprador podrá ejercitar la acción del art. 1124 CC, o, si el vendedor ha entregado la cosa y después se la reclama el verdadero propietario, aquel responderá por evicción ex arts. 1475 y ss. CC. En el segundo caso, en cambio, cuando el que realiza el acto de disposición se halla sometido a una prohibición legal que le impide vender el bien, el acto es, en principio y en aplicación del art. 6.3 CC, nulo de pleno derecho, salvo que la ley prevea otro tipo de sanción en caso de contravención de la prohibición (vid., v.gr., el régimen de nulidad ex art. 109 TRLC).

A nuestro juicio, sin embargo, este planteamiento requiere alguna consideración, pues no es exacto lo afirmado. Recuérdese que el art. 1160 CC establece que «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla». Se abarca por tanto, de un lado, la falta de titularidad del bien objeto de prestación, y, de otro, la ausencia de prohibiciones de disponer legales o voluntarias. La validez del pago según el art. 1160 CC está así sometido a *dos conductio iuris* que se concretan en un concepto más amplio como es la legitimación para disponer. Y la ausencia de esta, por falta cualquiera de las dos condiciones, determinará

La única nota común a todas las hipótesis descritas es que con la legitimación se describe una posición que habilita a un sujeto específico (legitimado) al cumplimiento de un acto¹⁰⁰³; esto es, la legitimación, como presupuesto de una concreta acción, puede definirse como «l' idoneità giuridica dell' agente ad essere soggetto del rapporto, che si svolge nell' atto»¹⁰⁰⁴.

Y en este sentido, con las limitaciones apuntadas, la legitimación se podría emplear para describir la idoneidad jurídica de la administración concursal para realizar actos jurídicos, con plena eficacia, en la esfera jurídica del deudor. Es más, describe el presupuesto subjetivo-objetivo con una amplitud que habilita la adaptación de los cometidos del órgano de administración en función del régimen de suspensión e intervención adoptado: en el primero, en ejercicio de las facultades de administración y disposición; en el segundo, en ejercicio del control y concesión de autorización a los actos del deudor.

Con todo, no se debe olvidar que el fundamento o título que justifica aquella posición y que permite afirmar que la administración goza de legitimación en el ámbito sustantivo es la potestad jurídica o función atribuida¹⁰⁰⁵. Es, por ende, la cualidad de órganos institucionales lo que dota a la administración concursal de aquella posición.

la adquisición por el acreedor de la simple posesión de las cosas objeto de pago, pero nunca la titularidad jurídico real del bien. Y, en principio, el resultado en ambos casos es el mismo: la nulidad. Sobre la cuestión, vid. GUTIÉRREZ JEREZ, «La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, 2019, pp. 19 a 51.

¹⁰⁰³ Cfr. CORSINI, voce «Legittimazione processuale (dir. proc. Civ.)», *Diritto on line*, 2019: «i criteri di legittimazione permettono dunque di individuare il soggetto che può porre in essere un determinato atto ed il destinatario di tale atto», disponible en http://www.treccani.it/enciclopedia/legittimazione-processuale-dir-proc-civ_%28Diritto-on-line%29/ (consultado, por última vez, el 6 de julio de 2020).

¹⁰⁰⁴ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 238; y también INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 322: «la legittimazione dipende dalla posizione giuridica del soggetto rispetto all' oggetto dell'atto». En esta línea, entre las definiciones de legitimación proporcionadas por la doctrina civilista, junto a las empleadas *supra*, encontramos las siguientes: «aquella posición del sujeto respecto del objeto del negocio (interés que está llamado a regular), que se requiere para que ese sujeto pueda practicar con perfección determinado acto» (JORNADO BAREA, «Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero 1950. Comentario», *Anuario de Derecho Civil*, nº IV, 1950, p. 1382, nota al pie 23); o «específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio o de otro acto jurídico» (CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, cit., p. 528). Con todo, conviene matizar que la legitimación en ningún caso es la posición, sino un presupuesto para la realización de un acto eficaz que halla en la posición su fundamento. En este sentido, parece entenderlo también LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, cit., en p. 14, nota al pie 66, aunque en p. 17 mantiene que se trata de una posición.

¹⁰⁰⁵ Sin embargo, no es pacífico determinar si nos hallamos ante una potestad imperio o una potestad vicaria. Pues aunque es cierto que, con carácter general, el órgano de administración actúa en

Conviene plantear, finalmente, si cabe atribuir la misma cualidad a la administración concursal en sede procesal. La legitimación en este campo, aunque también encuentra apoyo en la posición en la que se halla un sujeto respecto a un determinado objeto, tiene una extensión mucho más acotada y una significación jurídica más precisa, pese a las enconadas polémicas todavía hoy existentes en su determinación.

Es así comúnmente admitido que la legitimación *ad causam* no puede ser confundida con otros institutos (v.gr., la representación), que, en cambio, sí hallan cobijo bajo la legitimación sustantiva. La consecuencia no es baladí: el estatuto jurídico de parte es conferido, en exclusiva, respecto a aquel que ostenta la legitimación, y, no, en cambio, del representante.

El fenómeno presenta, de esta suerte, complejas aristas que deben ser objeto de un detenido estudio. De un lado, porque no reputándose válida la legitimación por sustitución deberán estudiarse otros fenómenos de legitimación indirecta (v.gr., legitimación representativa)¹⁰⁰⁶ en orden a resolver si la administración concursal ha de disfrutar, en técnica procesal, de legitimación alguna. De otro, porque en la investigación sobre tal extremo igualmente se estima conveniente estudiar el impacto de la habilitación legal contenida en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC, donde el primero dota de capacidad para ser parte a «las masas patrimoniales o los patrimonios separados (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración», y el segundo estatuye que tales masas o patrimonios «comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren». A su estudio dedicaremos el Capítulo VIII.

ejercicio de un acto de administración y disposición igual a aquel que hubiere realizado el deudor o los acreedores, titulares del derecho subjetivo, también son conferidas atribuciones extraordinarias que exceden por mucho de las asignadas a aquellos en situaciones ordinarias. En estas facultades excepcionales, justificadas por la declaración de concurso, se avista el ejercicio de una potestad imperio (v.gr., vid. acciones rescisorias *ex* arts. 226 y ss.; rehabilitación de contratos *ex* arts. 166 a 168 TRLC). Partidario de que el órgano de administración actúa en virtud de una potestad vicaria, INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», cit., p. 323.

¹⁰⁰⁶ Seguimos aquí la clasificación propuesta por DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., pp. 152 y ss., que distingue entre legitimación directa o propia y legitimación indirecta, y, dentro de esta última, entre legitimación por sustitución y legitimación representativa.

CAPÍTULO VI
EL INTERÉS DEL CONCURSO.
CARACTERIZACIÓN Y DELIMITACIÓN
CONCEPTUAL

1. EL RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS DEL CONCURSO EN EL TRLC

El proceso concursal se ordena y justifica con el propósito de satisfacer el interés del concurso.

El sistema concursal español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos¹⁰⁰⁷, se vale de este concepto jurídico indeterminado para expresar su finalidad última, a la vez que sirve de *ratio* decisoria en el ejercicio de cada concreto instrumento predispuesto legalmente al servicio de aquel fin.

Pese a su compleja delimitación, la identificación de las veces en que, explícita e implícitamente, el legislador se sirve de su empleo facilitará su concreción.

La referida máxima, con distintas manifestaciones, aparece en varios pasajes del texto concursal. Los arts. 119.2, 120.1 y 2, 128.2, 135.1, 136.3, 164, 165, 204, 232.3, 242.9º, 245.3, 281.1.7º, 417.1, 419.1, 420.1, 422.2 y 444.2º TRLC y el apartado III (párrafos 15 y 16) de la EM de la LC se sirven de la expresión «interés del concurso»¹⁰⁰⁸ y los arts. 736.1 y 2 TRLC y el apartado III (párrafo 14) y VII (párrafo 5)

¹⁰⁰⁷ Como ha destacado TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”. (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. III, 2009, cit., pp. 1062 a 1064 y 1080 a 1082, este no es el único modo de concretar la finalidad que persigue un sistema concursal. Otros ordenamientos jurídicos, como ocurre en el Derecho alemán o en el Derecho inglés, optan por una definición específica y jerarquizada de la finalidad y objetivos que persigue el procedimiento. Aunque de distinta forma, vid. respectivamente § 1 de la InsO y § 3 de la *Insolvency Act* 1986 tras la reforma operada por la *Enterprise Act* 2002. En el lado opuesto, encontramos sistemas, como ocurre en el Derecho italiano, que obvian tal concreción aunque sus preferencias se infieren del articulado aplicable (vid. el nuevo *Codice della crisi d'impresa*).

Ningún método se reputa *a priori* más correcto que otro. De un lado, porque su grado de acierto depende de distintos factores que entroncan con las fortalezas y debilidades del sistema jurídico al que se dirigen (v. gr., nivel técnico de los jueces y administradores del concurso, recursos económicos que se destinan al sistema judicial); de otro, porque cada método presenta ventajas e inconvenientes. Nótese que una definición clara y unos objetivos bien jerarquizados, aunque pueda implicar cierta rigidez, facilita la inteligencia del sistema, con aumento de la seguridad jurídica, y atribución a los órganos del concurso de un instrumento de destacado alcance en la interpretación de preceptos oscuros o en la integración de vacíos legales. Por el contrario, una redacción ambigua u oscura de la finalidad y objetivos puede llevar consigo un poder distorsionador notable, dificultando la aplicación de la norma concursal. Como señala TIRADO, *ibidem*, p. 1064: «Lo relevante es que la jerarquía de valoraciones, la “función” que debe cumplir todo concurso resulte evidente a todos los actores en el mercado, desde una perspectiva retrospectiva *ex ante*, y que sea clara para las partes y el entramado institucional, una vez en marcha el procedimiento. Esto puede conseguirse tanto con una definición, como a través de la enunciación de una serie de principios en la Exposición de Motivos o derivarse claramente del articulado legal».

¹⁰⁰⁸ La LC empleaba esta fórmula en los arts. 33.1.b).12º.iii), 42.1, 61.2-II, 62.3, 84.3, 92.7º, 148.2 y 165.2º.

de la EM de «intereses del concurso»¹⁰⁰⁹: ya como criterio orientador en la toma de decisiones discrecionales que corresponden a los órganos del concurso, e, incluso, al propio deudor en ejercicio de instrumentos extraordinarios determinados por el TRLC; ya en aras a la imposición de concretos deberes al concursado y a los acreedores en aras a garantizar un adecuado discurrir del proceso concursal¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ En la LC apreciábamos esta expresión en los arts. 33.1.g).8º, 43.1, 54.2-I, 149.1.1º-I y II y 215.1 y 2.

¹⁰¹⁰ Específicamente, como estándar que ha de regir la decisión de concretas encomiendas atribuidas, aparece: en la interposición de demanda en el régimen de intervención, previa autorización del órgano jurisdiccional, cuando el deudor se negare a formularla y la administración concursal lo «estimara conveniente para el interés del concurso» (art. 119.2 TRLC); en la posibilidad asignada al órgano jurisdiccional de acordar el cumplimiento de un contrato aun concurriendo causa de resolución alegada e instada por la parte (art. 164 TRLC); en la facultad reconocida a la administración concursal o al deudor, en atención al régimen decretado, de solicitar la resolución del contrato con obligaciones recíprocas cuando «lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso» (art. 165.1 TRLC y apartado III, párrafo 16, EM LC); atendiendo al tenor del apartado III, párrafo 15 EM LC -«Fórmulas flexibles en interés del concurso»-, en relación a las opciones conferidas al órgano de administración para rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado *ex* art. 166 TRLC, los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado *ex* art. 167 TRLC, así como para enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración de concurso y rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento *ex* art. 168 TRLC; en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa que «atenderá a la conservación de los elementos que la integran del modo más conveniente para el interés del concurso» (art. 204 TRLC); en la oportunidad de alterar la regla general de pago de los créditos contra la masa al vencimiento cuando la administración concursal así lo considere «por interés del concurso» (art. 245.3 TRLC); en los criterios legales de elaboración del plan de liquidación por la administración concursal «atendiendo al interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores» (art. 417.1 TRLC); en la resolución del plan de liquidación, aprobando el plan presentado por la administración concursal, introduciendo modificaciones necesarias u oportunas o acordando la liquidación conforme las reglas legales supletorias según el juez «estime conveniente para el interés del concurso» (art. 419.1 TRLC); en la posibilidad de la administración concursal de solicitar al juez la modificación del plan de liquidación aprobado «si lo estima conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores» (art. 420.1 TRLC); en la opción de realización individualizada de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan cuando el juez lo «estime conveniente para el interés del concurso» (art. 422 TRLC y apartado VII, párrafo 5, EM LC); en la decisión judicial para acordar la publicidad del contenido esencial del auto de declaración en cualquier Estado extranjero «donde convenga a los intereses del concurso» (art. 736.1 TRLC), o instar su publicidad registral y de otros actos de procedimiento por la administración concursal «cuando así convenga a los intereses del concurso» (art. 736.2 TRLC).

Asimismo, la expresión también se emplea para determinar el alcance del deber que recae sobre el concursado persona natural y los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada -y quienes hayan desempeñado tales cargos en los dos años anteriores a la declaración de concurso- de comparecer personalmente ante el juzgado y ante la administración concursal cuantas veces sean requeridos y colaborar e informar a estos «en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso» (art. 135.1 TRLC), so pena de aplicar la presunción de concurso culpable que rige cuando se incumple «el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso (...)» (art. 444.2º TRLC). Idéntica locución se utiliza como criterio que permite al órgano jurisdiccional subordinar «los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas, a cargo de la contraparte del concursado, o del acreedor, en caso de rehabilitación de contratos de financiación o de adquisición de bienes con precio aplazado, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso» (art. 281.1.7º TRLC).

En otras ocasiones, el TRLC opta por la locución «interés de la masa». Así se emplea para identificar el interés que preside la actuación en sede judicial de los acreedores cuando alguno de ellos interpusiera acción de responsabilidad frente a la administración concursal por los daños y perjuicios causados (art. 96 TRLC), o acción subsidiaria de carácter patrimonial «que correspondiera al concursado», previa instancia al deudor o a la administración concursal, según el régimen decretado, y pasividad de estos en el plazo de dos meses desde su requerimiento (art. 122.2 TRLC).

De igual modo, se maneja esta expresión a la hora de calificar como créditos contra la masa: los de gastos y costas judiciales ocasionados «por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta ley» (art. 242.4º TRLC)¹⁰¹¹, y «la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa» (art. 242.3º TRLC)¹⁰¹². Asimismo, en «interés de la masa» la EM de la LC aludía a la forma flexible de pago de los créditos con privilegio especial evitando la realización de bienes o derechos afectos (apartado VII, párrafo 8).

Para concluir, identificamos otras expresiones, como el «beneficio del concurso», en virtud del cual el juez puede habilitar días y horas para la práctica de diligencias urgentes (art. 517.1 TRLC), o, de manera más genérica, «los intereses implicados en el concurso», en justificación al sacrificio que han de sufrir los acreedores con garantía real «en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia» (apartado III, párrafo 10, EM LC)¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Según reza el precepto, hasta el límite cuantitativo establecido en las respectivas disposiciones del TRLC y a salvo lo dispuesto para las hipótesis de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor.

¹⁰¹² El precepto continúa: «hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas».

¹⁰¹³ A este respecto, con carácter previo, en el mismo párrafo, se puede leer: «Se respeta la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva».

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL INTERÉS DEL CONCURSO

2.1. El interés y su concepción jurídica

Para adentrarnos con éxito en la definición y deslinde del interés del concurso - con identificación de la eventual concurrencia de otros tipos de interés- es preciso, con carácter previo, concretar qué debemos entender por “interés”¹⁰¹⁴, y, especialmente, por “interés jurídico”.

La caracterización del interés ha variado a lo largo de los tiempos¹⁰¹⁵, con un valor que trasciende las fronteras de lo jurídico¹⁰¹⁶. En el ámbito del Derecho, el interés ha alcanzado una relevancia muy significativa, adquiriendo sustantividad propia, junto al derecho subjetivo, como elemento de referencia para la tutela jurídica de situaciones jurídicas concretas.

En la doctrina del siglo XX se han formulado distintas concepciones en torno al interés. Destacadamente, con lacónica exposición, hallamos la denominada tesis objetiva o voluntarista y la subjetiva o intelectualista¹⁰¹⁷.

La primera, ofrecida por CARNELUTTI, concibe el interés como «la relación que existe entre un individuo o un conjunto de individuos y el bien con el cual pueden satisfacer sus necesidades»; «no significa un juicio (en el sentido lógico de la palabra), sino una posición del hombre, o más exactamente, la posición favorable a la satisfacción de una necesidad»¹⁰¹⁸. En nuestro país, en tiempo más reciente, ha defendido este

¹⁰¹⁴ Si acudimos al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, el concepto “interés” es definido como: 1ª. Provecho, utilidad, ganancia. 2ª. Valor de algo. 3ª. Lucro producido por el capital. 4ª. Inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc. 5ª. Bienes. 6ª. Conveniencia o beneficio en el orden moral o material. En línea, 23ª edición, consultado el 21 de septiembre de 2020, disponible en: <https://dle.rae.es/inter%C3%A9s>.

¹⁰¹⁵ Para una perspectiva histórica-romanista, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídico-social del interés», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, 2003, pp. 467 y ss., especialmente, pp. 474 y ss.

¹⁰¹⁶ Destacando su valor en el terreno filosófico, LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos (intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a R.T.V.)*, s.n., Madrid, 1983, pp. 29 y ss., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, 1999, pp. 40 y 41.

¹⁰¹⁷ Sobre la cuestión, vid. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 17 y ss., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., pp. 41 y ss.

¹⁰¹⁸ Más adelante destacaba: «es una relación en la que figuran seres humanos, sean considerados individualmente o colectivamente. En este sentido, puede decirse que el interés es siempre, en última instancia, personal». Cfr. *Sistema de Derecho Procesal civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, cit., p. 11. Vid. también *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, La Litotipo, Padova, 1926, pp. 3 y ss., y, más adelante, dando por sentados estos conceptos, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., cit., pp. 11 y ss.

concepto MONTERO: «el interés es siempre una suerte de relación ideal existente entre una persona (o grupo) que siente una necesidad y un bien de vida apto para satisfacer esa necesidad»¹⁰¹⁹.

En contraposición a la concepción expuesta, aparece la tesis subjetiva o intelectualista, defendida -entre otros- por MUÑOZ ROJAS, que identifica el interés con la aspiración y el juicio de valor o juicio lógico acerca de un bien que realiza un individuo para la satisfacción de sus necesidades¹⁰²⁰.

A medio camino, en defensa de posiciones intermedias, otros autores (GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES) reconocen que el interés es el elemento de conexión entre la necesidad humana y el bien apto para satisfacerla, considerando que tanto el elemento valorativo como posicional son precisos para determinar su contenido¹⁰²¹.

Finalmente, descubrimos quien (GUASP), crítico con las anteriores construcciones, ha defendido que el concepto de interés no puede limitar su significado a la posición de un sujeto con respecto a un objeto, pues hay intereses que «no están en cabeza de ningún sujeto» (v.gr., el interés de la ley), o a la simple tendencia a la

¹⁰¹⁹ De este modo en *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, 1ª ed., Madrid, 1976, p. 88, y en *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 203 y 402. Siguiendo a MONTERO, JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, cit., p. 122. Con carácter previo, vid. DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. MARTÍNEZ SARRIÓN), ed. Bosch, Barcelona, 1975, pp. 109 y ss., que distinguía dos teorías: la primera, el interés como «valoración de un bien, es decir, la apreciación de aquello que, en relación a una necesidad, constituye un bien»; la segunda, el interés como «relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el ente idóneo para satisfacerla (bien), relación que permite al primero disfrutar de la capacidad de satisfacción de la necesidad, inherente al segundo». DE CUPIS se decantaba por esta segunda tesis, en tanto el interés como juicio o valoración subjetiva del bien no puede considerarse objeto de tutela jurídica: «el derecho no garantiza a los hombres sus valoraciones subjetivas de los bienes» (p. 110); además, se podría llegar al absurdo en tanto que así entendido «se limitaría la posibilidad de poder hablar de intereses respecto a los sujetos faltos de discernimiento» (p. 111).

¹⁰²⁰ En España, MUÑOZ ROJAS, «El interés en el proceso civil», *Temis*, nº 4, 1958, pp. 45-46.

¹⁰²¹ En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, es necesario tanto el elemento «subjetivo -juicio o valoración- en tanto la conexión o relación descrita no existe como tal en el sujeto (...) en tanto ésta no es apreciada o considerada por él. Pero, al mismo tiempo, esa apreciación subjetiva no es apta, por sí sola, sin referencia al factor objetivo, posicional, para adquirir relevancia en el mundo del Derecho» (en *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., p. 45). Asimismo, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 72, para quien: «El “interés” puede contemplarse entonces desde el punto de vista *subjetivo*, esto es, como el *juicio de valor* del individuo acerca del modo de llevar a cabo dicha satisfacción; y desde un punto de vista *objetivo*, identificar la situación de necesidad y el acto que puede ponerle fin». Con carácter previo, vid. MORÓN PALOMINO, «Sobre el concepto de Derecho procesal», *Revista de Derecho Procesal*, 1962, p. 518, que aunque al definir el interés mantiene una tesis subjetiva no obvia que, para que tal aspiración hacia un bien esté tutelada por el Derecho, es precisa la existencia de otro sujeto -«posición de convergencia de dos o más sujetos»- al que también afecte tal satisfacción.

satisfacción de una necesidad, ya que la mera apetencia no comprende todos los intereses posibles (v.gr., el interés “contra rationem”)¹⁰²².

2.2. El conflicto de intereses intersubjetivo y su resolución en el ámbito del Derecho concursal

Admitiendo lo esencial del concepto descrito, es la relación entre intereses subjetivos lo que debe ser objeto de observación¹⁰²³, especialmente el conflicto entre estos¹⁰²⁴.

En efecto, cuando la limitación de los bienes en relación a las necesidades de los sujetos determina su concurrencia y esta se reputa relevante para el Derecho, el ordenamiento jurídico se preocupa de definir, en primer lugar, si el interés es digno de protección, y, en segundo lugar, de confluir varios intereses amparados por el Derecho, cuál es el orden de primacía en su tutela¹⁰²⁵. Es decir, dentro de aquellos intereses que son trascendentes jurídicamente por estar reconocidos por el Derecho es necesario jerarquizar su prevalencia, acordando qué interés merece una tutela jurídica preferente. A ello contribuye la norma material: ante el conflicto dispone qué sujetos gozan de una posición de ventaja o prioridad frente a otros sujetos, con solución al enfrentamiento¹⁰²⁶.

¹⁰²² Para entender el planteamiento de GUASP hay que partir de la relación jurídica, como noción básica y estructural del Derecho, y de la situación jurídica, como contenido de la relación: «un emplazamiento típico de la relación de derecho en cierto grado determinado de su vida». Para el referido autor, el interés es el modo específico de funcionar del Derecho, el dinamismo de lo jurídico, que permite corregir la generalidad de las fórmulas de la estructura, dotándolas de una concreción que las acerca a la vida real. El interés complementa la estructura integrándola funcionalmente. Vid. *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971, pp. 267 y ss. Su razonamiento, sin embargo, le lleva a proponer un concepto vacío -el interés como actitud de alguien acerca de algo-, que, a su juicio, no admite más especificaciones.

¹⁰²³ Vid. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 11, para quien si bien el interés «è necessario, non è però sufficiente a rappresentare la sostanza del diritto. Anche se al mondo non vi fosse che un solo uomo, la rilevazione dei suoi rapporti con le altre cose non si potrebbe arrestare ai semplici interessi». En este sentido, asimismo, MORÓN PALOMINO, «Sobre el concepto de Derecho procesal», cit., p. 518.

¹⁰²⁴ Para CARNELUTTI, ibídem, pp. 12 y 14, la relación intersubjetiva de intereses relevantes se reconduce a dos escenarios: la solidaridad y el conflicto. La solidaridad se produce cuando la necesidad de un sujeto no puede ser satisfecha sino mediante la satisfacción de una necesidad de otro: «la probabilità del soddisfacimento di un bisogno si determina insieme rispetto all'uno e rispetto all'altro»; surge entonces la noción de interés común o colectivo en antítesis al interés singular o individual. En el opuesto, surge el conflicto (o lo que también denomina guerra) cuando concurre una limitación de bienes ante el interés de sujetos distintos: «la soddisfazione del bisogno dell'uno nulla importi all'altro». Es tanto así que afirma «se la solidarietà degli interessi va riconosciuta come il germe della aggregazione degli uomini, il conflitto degli interessi è il germe della loro disgregazione».

¹⁰²⁵ Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 402.

¹⁰²⁶ Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., p. 46, y MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 203 y 403.

Esta protección jurídica puede ser formalizada de distinto modo. Junto al interés jurídico que subyace bajo la forma típica de derecho subjetivo, es posible la identificación normativa de intereses dignos de tutela jurídica que no responden a la satisfacción de un derecho preexistente¹⁰²⁷.

En el ámbito que nos concierne, el carácter instrumental de la norma material que resuelve los conflictos adquiere una especial significación. La razón de ser del Derecho concursal no es otra que la composición de los intereses subjetivos que se hallan en confrontación ante una situación jurídica de insuficiencia patrimonial para la satisfacción de los acreedores de un deudor común.

En este sentido, el Derecho concursal dispone y ajusta los “intereses” regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la declaración de concurso, inadecuado en ellas¹⁰²⁸. Esto es, ante la imposibilidad de garantizar la completa tutela de los intereses que procuran el resto de normas en escenarios de normalidad, la norma concursal impone una distinta graduación de los intereses jurídicamente protegidos, distribuyendo -y, en la medida de lo posible, aminorando- el daño que la situación jurídica de insolvencia lleva consigo¹⁰²⁹.

En tales contextos de crisis económica, el interés superior del concurso se erige en piedra angular del sistema concursal. Adviértase que tanto en la determinación de la finalidad como en la identificación y jerarquización de los intereses subjetivos concurrentes, recae sobre la locución «interés del concurso» la inteligencia -interpretada y especificada por los órganos del concurso- para la resolución de los conflictos derivados de la insolvencia.

¹⁰²⁷ Cfr. ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», *Revista de Derecho Político*, nº 10, 1981, p. 51; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *ibidem*; y MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 204.

¹⁰²⁸ Cfr. TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”...», cit., p. 1061.

¹⁰²⁹ La disciplina concursal limita, de este modo, la eficacia del resto de conjuntos normativos ante su falta de idoneidad para la tutela del conflicto de intereses surgido. En palabras de TIRADO, *ibidem*: «La crisis económica pone en contacto los intereses de todos ellos, de manera que cada regulación parcial colisiona con las demás».

2.3. El interés del concurso como propósito último del proceso concursal y como instrumento a su servicio

El interés del concurso sirve como criterio de política legislativa para la resolución de los conflictos que, entre intereses subjetivos, surgen tras la declaración de insolvencia.

Su observación permite alcanzar propósitos distintos. A corto plazo, se erige en criterio hermenéutico para la actuación del Derecho concursal por los órganos del concurso y la aplicación finalista de los instrumentos dispuestos por la Ley para la tutela de la función objetiva que los bienes asumen; a largo plazo, facilita el destino o función al que se orienta la separación del patrimonio concursal, que analizamos *infra*, con satisfacción de la necesidad específica que el ordenamiento jurídico considera de prevalente protección¹⁰³⁰.

2.3.1. El interés del concurso como finalidad del proceso concursal

Desde un punto de vista finalista, el interés del concurso es el interés asociado al destino del proceso concursal, a saber, aquel que constituye el fundamento del concurso de acreedores y justifica la instauración de su especialísimo régimen jurídico.

A priori, desde una perspectiva subjetiva, este interés se corresponde con el interés de los acreedores en la satisfacción de sus créditos. En palabras de la EM de la LC (apartado II, párrafo 4º): «la unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota (...) a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso» (asimismo, vid. art. 465.6º TRLC, y apartado VI, párrafo 2º, EM LC).

Esta afirmación, sin embargo, no es completa. El interés del concurso no coincide íntegramente con el interés de los acreedores, aunque propenda, teleológicamente, a su satisfacción como misión primera.

En efecto, el interés concursal engloba una amalgama de intereses subjetivos distintos al de los acreedores (v.gr., del deudor, de los trabajadores, de los contratantes)

¹⁰³⁰ Como señalara OLIVENCIA RUIZ, «Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal», *Estudios de Derecho Concursal* (Coords. PEINADO GRACIA/VALENZUELA GARACH), Madrid-Barcelona, 2006, pp. 467 y 468, el cumplimiento de la finalidad esencial del concurso que representa la satisfacción de los acreedores precisa el previo cumplimiento de otras finalidades instrumentales “intermedias”.

a cuya tutela se dirige igualmente la norma (entre otros, vid. apartado VI, párrafo 7º, EM LC y arts. 218 y ss., 317 y ss., 415 y ss. TRLC).

Aún más, la propia confluencia de los acreedores en el concurso es una concurrencia conflictiva¹⁰³¹. La posición de cada acreedor es desigual, e incluso antagónica, a la del resto. De este modo, dentro de la lógica del sistema, la mayor satisfacción de un determinado acreedor acarrea, con una alta probabilidad, una menor reparación de sus homólogos¹⁰³².

En este sentido, el propio proceso concursal se preocupa de determinar y clasificar los créditos que integran la masa pasiva: en primer lugar, con reconocimiento y verificación de aquellos que han de ser satisfechos con cargo a la masa activa; y, en segundo lugar, con ordenación y priorización de tal satisfacción. Ello implica relegar a unos acreedores frente a otros, con atribución de una posición disímil¹⁰³³, que dificulta notablemente su reunión bajo un interés común.

El heterogéneo interés individual puede converger, en función de las circunstancias concurrentes, con el de sus semejantes del colectivo (v.gr., acreedores con privilegio especial, general, ordinarios, subordinados o trabajadores) e, incluso, con otros sujetos que inicialmente mantengan posiciones antagónicas (v.gr., acreedores subordinados y deudora en la continuidad de la actividad empresarial). Pero ello, empero, no permite colegir la existencia de un común interés privado subjetivo, al menos estable y no circunstancial, sea colectivo o global¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ Cfr. VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., p. 36.

¹⁰³² Las renunciaciones que han de soportar los acreedores por la colectividad se reducen, si quieren satisfacer su crédito, a su obligada participación en el proceso concursal, con instauración de sus reglas y derogación de la tutela ordinaria del crédito. Por lo demás, una vez declarado el concurso, el sistema instaura una actuación libre e individual en búsqueda del beneficio personal, transposición de los principios del libre mercado en el proceso concursal. Al respecto, vid. TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., pp. 1076 y 1077, y CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., Pamplona, Civitas, 2009, p. 59.

¹⁰³³ Sobre la cuestión, de interés, VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., pp. 35 y ss., y CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., cit., pp. 57 y ss.

¹⁰³⁴ Lo expuesto no riñe con la lógica e incidental comunión de intereses que, por las concretas eventualidades, se pueda dar entre determinados interesados pertenecientes a un mismo colectivo. Por ejemplo, cuanto mayor es la insolvencia objetiva del deudor, superiores son las posibilidades de que se apruebe un convenio con concierto de los acreedores ordinarios, que tendrán más opciones de cobro con los ingresos futuros que pueda generar la empresa que con la venta de activos en la liquidación (CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., cit., pp. 58 y 59).

Un comportamiento similar puede concitarse igualmente respecto a los acreedores salariales de manera inversamente proporcional al número de garantías reconocidas en el concurso. Sobre la cuestión, así como sobre los factores exógenos que pueden provocar una confluencia entre los intereses de los acreedores con privilegio especial y el resto de acreedores, vid. *ibidem*, pp. 59 y 60.

Solo holísticamente podría afirmarse que el concurso atiende a la satisfacción de los acreedores; no, en cambio, que esta satisfacción se corresponda, sin matices, con la máxima del interés del concurso.

De este modo, al menos desde el punto de vista teleológico, es más exacto afirmar que el interés del concurso se identifica con la mayor satisfacción de algunos acreedores, con general menoscabo de otros, según el sistema de reparto legalmente establecido¹⁰³⁵, procurando subsidiariamente la máxima reparación posible del resto de intereses afectados por la insolvencia.

Entre estos otros intereses destaca, fundamentalmente, el interés del deudor común. En primer lugar, porque el insolvente no pierde la titularidad de sus bienes con la declaración de concurso, con natural acicate al eventual remanente que pueda resultar una vez enjugado el pasivo concursal; en segundo lugar, por el estímulo ante la posible continuidad de su actividad profesional o empresarial por medio de un convenio¹⁰³⁶. Lógicamente, a ello obedece la atribución de la cualidad de parte que ostenta, sin necesidad de comparecencia en forma, en todas las secciones del procedimiento (art. 509 TRLC), con amplias posibilidades de actuación procesal, control y audiencia que, como sabemos, pormenoriza el TRLC.

Desde la perspectiva de la continuidad de actividad profesional o la conservación de la unidad productiva también se pretende la protección de los trabajadores y del resto de sujetos contratantes que interactúan con el deudor insolvente. Estos sostienen un interés individual cuya tutela atiende, residualmente, la norma concursal (apartado VI, párrafo 7º, EM LC y arts. 114, 169 y ss., 218 y ss., 254, 342, 415.3 y 418 TRLC)¹⁰³⁷.

¹⁰³⁵ En el mismo sentido, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., p. 1085, y en «Interés del concurso», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 1890, que añade que la jerarquía asociada a la clasificación crediticia impide afirmar que la finalidad del concurso sea la mayor satisfacción posible de los acreedores.

¹⁰³⁶ Con crítica al sistema que estipula la LC de 2003, en tanto que los costes de continuación de la actividad empresarial no recaen sobre el deudor ni los directivos empresariales, con consecuente interés de estos en perpetuar la situación de crisis para evitar la pérdida de activos sociales y del puesto directivo, vid. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., cit., pp. 56 y 57.

¹⁰³⁷ Entre otros pasajes, la EM contempla: «Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses». En este sentido, vid. las especialidades para la enajenación de unidades

Finalmente, junto a la satisfacción de los intereses subjetivos, el proceso concursal cumple una importante función en la conservación del orden económico y la seguridad del tráfico mercantil. Esta tutela del mercado, con restablecimiento del orden legal y salvaguarda del interés público, se alcanza por una doble vía. De un lado, con la expulsión de la empresa deudora que no haya saldado todas sus deudas (arts. 465.4º y 5º y 485 TRLC); de otro, con reproche en sede concursal de aquellas conductas del deudor, representantes legales, administradores o liquidadores, directores generales que hubieran generado o agravado el estado de insolvencia mediando dolo o culpa grave (arts. 442 y 455 y ss. TRLC¹⁰³⁸)¹⁰³⁹.

productivas (arts. 215 a 225 TRLC), extensibles a todo el concurso, como un intento de mantener la continuidad empresarial; de igual modo en liquidación (art. 415.3 TRLC).

¹⁰³⁸ La sentencia que declare el concurso culpable, junto al reproche económico que pueda llevar asociado (arts. 455.2.3º, 4º y 5º y 456 TRLC), determina una inhabilitación para las personas afectadas (art. 455.2.2º TRLC) de no escasa envergadura. Nótese que esta inhabilitación extiende sus efectos a la administración de bienes ajenos y a la representación de cualquier persona (art. 455.2.2º-I TRLC), al desempeño de determinados cargos tuitivos (arts. 244.5º y 291.2º CC), así como al ejercicio del comercio y a la tenencia de cargo o intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en aquella [art. 13.2º CCom/1885; art. 213 TRLSC; art. 41.1.d) Ley de Cooperativas]. En el ámbito público, la inhabilitación lleva aparejadas consecuencias para acceder a algunas profesiones de la función pública [arts. 44.3º Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; art. 7.3º Reglamento de la organización y régimen del Notariado; art. 280.1º Ley Hipotecaria, e incluso para intervenir en contratos con la Administración Pública ex art. 60.1.c) Ley de Contratos del Sector Público].

Junto a lo expuesto, aparecía un desconcertante régimen transitorio en la DA 1ª.3ª LC. En virtud de esta determinadas prohibiciones no expresamente modificadas por la LC resultaban de aplicación, tras la entrada en vigor de la LC, a todas las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación. Por su incongruencia, al desmarcarse de la regla establecida en la propia LC que asocia inhabilitación y calificación culpable del concurso, esta previsión había sido cuestionada por la doctrina, entre otros, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor...», cit., p. 229; y, MORILLAS JARILLO, «Comentario a la Disposición Adicional Primera», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 3033 y 3034. En el TRLC, con acierto, desaparece tal previsión.

¹⁰³⁹ En el régimen concursal instaurado tras la Ley de 2003, la supresión del carácter represivo de la insolvencia (apartado III, párrafo 1, EM LC), propia de los regímenes precedentes (vid. Libro IV, párrafo 11, EM CCom/1885), no riñe con la depuración de responsabilidades y sanción de los comportamientos reprobables. Sin embargo, su carácter sancionatorio se supedita a la necesidad de maximizar la satisfacción de los intereses implicados en el concurso con medidas de distinto signo que procuran maximizar el valor de la masa activa y la mejor solución al concurso; así, v.gr., al margen del comportamiento del deudor, la posibilidad de decretar el régimen de intervención (cuando pueda interesar) o de alcanzar un convenio (no ocurría así en el régimen de quiebra ex art. 898-II CCom/1885). Como ha señalado TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., p. 1087: «quizás donde mejor se aprecie la voluntad de “sacrificio” del “interés público abstracto” (la sanción de posibles comportamientos reprobables y, por tanto, la protección del mercado) a favor del “interés público concreto” que representa el “interés concursal” se aprecie en el artículo 163.1-1º de la Ley Concursal. En el mismo se establece que la pieza de calificación sólo se abrirá cuando el procedimiento concluya con la liquidación o con un convenio con quitas superiores a 1/3 o con esperas mayores de 3 años. Es decir, si un deudor ha causado un daño “pequeño” a sus acreedores, el Ordenamiento jurídico “mira hacia otro lado” y no abre la pieza destinada a depurar responsabilidades. Se trata de una norma destinada a adelantar el momento en que se abre el concurso y, con ello, conseguir una mayor satisfacción de los acreedores».

Esta amalgama de intereses halla comunión, debidamente coordinados y jerarquizados, en el superior interés del concurso a cuya tutela sirve el proceso concursal.

2.3.2. El interés del concurso como criterio hermenéutico para la actuación del Derecho concursal

El interés concursal, como finalidad última, debe distinguirse del interés que facilita la actuación de los distintos mandatos e instrumentos que predispone el TRLC a su servicio.

En efecto, dado que la actividad concursal requiere una sucesión previa de actos, preparatoria para la posterior decisión sobre la solución del concurso más adecuada, la locución «interés del concurso» o cualquiera de sus equivalentes expresiones, goza de una autonomía propia, que debe ser adaptada *ad hoc* como estándar de decisión por los órganos concursales -e incluso por el propio deudor en el régimen de intervención (v.gr., art. 165.1 TRLC)-, en ejercicio de las facultades extraordinarias e instrumentos que la norma concursal predispone para garantizar que el concurso alcance su propósito.

De este modo, el interés del concurso puede ser identificado no solo con el interés asociado al fin al que se orienta el proceso concursal, sino igualmente con el interés instrumental e inmediato que, en cada concreta encomienda de los referidos órganos, ha de ser atendido para alcanzar aquella solución. Este interés intermedio, objetivado legalmente para alcanzar la finalidad del concurso, se erige en un instrumento, si se quiere artificial, en tanto es creado por el legislador sin una aparente imputación subjetiva directa, al servicio de aquella finalidad.

Asimismo, producto de la evolución de las legislaciones, conviene notar el claro deslinde entre los ilícitos penales y civiles que ha querido instaurar el legislador en materia de insolvencia. Así se infiere de la lectura de los arts. 462 TRLC y 259.5 y 6 CP que permite la sustanciación de la pieza de calificación sin que una eventual calificación culpable del concurso vincule a los tribunales penales en la determinación de las actuaciones del deudor constitutivas de delito. Sobre la cuestión, en relación al art. 163.2 LC (de idéntico tenor al vigente art. 462 TRLC), vid. PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 203 y ss., en «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2010, pp. 19 y ss. (versión digital), y en «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2009, pp. 37 y ss.; también MORENO GARCÍA, «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 51, 2020, pp. 87 y ss.

Como es lógico, debemos discriminar entre las distintas fases por las que discurre el concurso; el sentido y alcance de la aludida expresión legal, como criterio útil de decisión más o menos discrecional, variará en atención a ello¹⁰⁴⁰.

a) El interés del concurso en la fase común

La fase común del proceso concursal se orienta a lograr «el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso» (apartado II, párrafo 10º, EM LC). Constituye una fase preparatoria dirigida a conformar adecuadamente las masas y a recabar toda la información posible para, en una fase subsiguiente, disponer de los elementos de juicio necesarios que permitan adoptar la solución concursal más adecuada.

A la vista de este cometido, es razonable y necesario que el legislador destine los Títulos IV -«De la masa activa»-, V -«De la masa pasiva»- y VI -«Del informe de la administración concursal»- del Libro I -«Del concurso de acreedores»- a la delimitación de las masas, precedidos exclusivamente de los Títulos dedicados a la declaración de concurso (I), los órganos (II) y los efectos de la declaración (III). En relación a la masa activa, debemos destacar la existencia de criterios de gestión dirigidos a garantizar la conservación del patrimonio concursal (Capítulo III) y la predisposición de instrumentos extraordinarios orientados a su reconstitución (Capítulo IV).

Ambos extremos justifican y sirven de criterio interpretativo del interés del concurso que preside explícita o implícitamente los mandatos referidos a la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (arts. 111 y ss. TRLC), a la interposición de acciones y otras actuaciones procesales con trascendencia

¹⁰⁴⁰ Esta identificación de una distinta significación del interés del concurso según la fase en la que nos situemos puede verse también en SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 30, 2013, pp. 2 y ss. (versión digital), y en GONZÁLEZ BILBAO, «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 94, abril-junio, 2004, pp. 169 y ss.

Asimismo, parece entenderlo TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”...», cit., pp. 1077 y 1078. De un lado, al reconocer que dada la indefinición del interés concursal es necesario que el intérprete llene el hueco normativo por medio de los distintos preceptos de la Ley, su EM y los contextos legislativo y socioeconómico; de otro, al concebir que la norma concursal se sirve de instrumentos, que denomina “primarios” o herramientas en sentido puro (dispuestos para la mejor consecución de los instrumentos subsiguientes) y “secundarios” u “objetivos intermedios”, dirigidos a la realización práctica del interés del concurso. Para el autor, los instrumentos “primarios” son las facultades de actuación en el seno del concurso (v.gr., supervisión de la actuación del deudor ex art. 106.1 TRLC, posibilidad de continuación de la actividad empresarial ex arts. 111 y ss. TRLC), que sirven para la consecución de un instrumento “secundario” (en el ejemplo, la maximización del valor de la empresa), y el diseño procedimental del concurso de acreedores (v.gr., división en fases, cada una de las cuales sigue su objetivo, es decir, un instrumento secundario).

patrimonial (arts. 119, 120, 131, 132, 226 y ss. TRLC), al deber de comparecencia, colaboración e información que recae sobre el deudor persona física o sobre sus administradores, liquidadores o directores generales en caso de personas jurídicas (art. 135 TRLC), a la prohibición de inicio o suspensión de las ejecuciones y apremios (arts. 142 a 151 TRLC), a la continuación o extinción de las relaciones contractuales (arts. 156 a 168 TRLC) y de los contratos de trabajo (art. 169 y ss. TRLC), al deber de conservación de la masa activa (art. 204 TRLC), e, incluso, al pago de los créditos con privilegio especial con cargo a la masa evitando la realización de los bienes o derechos afectos al privilegio (art. 430.2 TRLC).

a. La conservación (y maximización del valor) del patrimonio concursal

La conservación de los bienes y derechos que integran la masa activa durante esta fase halla reflejo en distintos mandatos del TRLC. Se trata de una conservación que, sin embargo, trasciende a los bienes y derechos que constituyen la masa y recae sobre el valor del patrimonio en su conjunto¹⁰⁴¹, garantía de los acreedores *ex* arts. 1911 CC y 192 TRLC para hacer efectivos sus respectivos créditos¹⁰⁴².

Esta función conservativa se infiere, con carácter general, de los arts. 204 y 205 TRLC. El primero al reconocer que «en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a la conservación de los elementos que la integren del modo más conveniente para el interés del concurso»; el segundo al disponer que, salvo excepciones (arts. 206 y 209 y ss.), «hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la aprobación del plan de liquidación, los bienes y derechos que integran la masa activa no se podrán enajenar o gravar sin autorización del juez».

Asimismo, una lectura conjunta de los arts. 106 y ss., 111 y ss. y 204 y ss. TRLC evidencia la preferencia del legislador por una gestión patrimonial activa asociada a la continuación de la actividad profesional o empresarial como método preferente para alcanzar tal conservación. En efecto, el TRLC parte de la idea de que solo la continuación de la actividad empresarial o profesional (arts. 111 a 113 y 206.1 TRLC) permite obtener las rentabilidades propias de la empresa en funcionamiento, evitando la

¹⁰⁴¹ De este modo es unánimemente entendido por la doctrina. Entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., p. 891; TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., p. 1091; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 43», cit., p. 509; y SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., pp. 3 y 5 (versión digital).

¹⁰⁴² Cfr. AJM nº 1 de Bilbao, de 10 de enero de 2005 (AC 2005, 114).

destrucción o empobrecimiento del valor a que aboca la paralización de la actividad¹⁰⁴³. De igual manera que esta conservación de valor exige la realización de distintas actividades orientadas a obtener los rendimientos ordinarios del resto de sus bienes, así como las actuaciones necesarias para el mantenimiento de los elementos que integran la masa activa (arts. 106.1 y 2 y 204 y 206 TRLC)¹⁰⁴⁴.

La gestión patrimonial ha de ser, pues, activa y dinámica. Al margen del régimen decretado, de intervención o de suspensión, se persigue una respuesta diligente ante el eventual deterioro de los bienes, su depreciación, e, incluso, ante la necesidad de obtener tesorería para continuar con la actividad profesional¹⁰⁴⁵.

Consecuentemente, esta conservación del valor del patrimonio concursal engloba los actos de custodia, cobro de créditos, explotación del activo, actuación procesal en defensa de los bienes, así como cualquier acto de disposición que precise de la autorización del órgano jurisdiccional (v.gr., venta, permuta, renuncia, hipoteca o novación)¹⁰⁴⁶. Se conceden, de esta suerte, amplias facultades para conservar los bienes de la masa hasta el momento en que se adopte la solución (convenio o liquidación) más conveniente, operando un control reforzado por parte del órgano jurisdiccional¹⁰⁴⁷ (art. 205 TRLC; en el caso de enajenación de unidades productivas, vid. las especialidades *ex arts.* 215 y ss. TRLC)¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ De esta forma puede ocurrir con la pérdida del valor de la marca o el fondo de comercio. En este sentido, vid. COLINA GAREA, «La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2010, p. 4 (versión digital), y SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., p. 4 (versión digital).

¹⁰⁴⁴ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., p. 891. Se justifica así que el art. 206 TRLC autorice la realización de actos de disposición de distinta naturaleza que no podrían perfeccionarse válidamente si no se pretendiera asegurar, en primerísimo lugar, la conservación del valor patrimonial de la empresa por encima de los elementos específicos que conforman su haber. En este sentido, vid. AJM nº 1 de Bilbao, de 10 de enero de 2005 (AC 2005, 114); en doctrina, vid. SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., p. 5 (versión digital).

¹⁰⁴⁵ Vid., CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 43», cit., p. 511.

¹⁰⁴⁶ Para una profundización en la delimitación de tales actos, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., pp. 892 a 895 y 899 a 902.

¹⁰⁴⁷ El derogado apartado 3 del art. 43 LC (del que trae causa el actual art. 206 TRLC) fue modificado a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ampliando las excepciones a la exigencia de autorización judicial para la realización de actos de disposición. Ello supuso una flexibilización del régimen del art. 43.2 LC, en detrimento del control del órgano jurisdiccional, con atribución de mayores facultades a la administración concursal.

¹⁰⁴⁸ En relación a la LC, refería el AJM nº 1 de Madrid, de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009, 185283): «no debe olvidarse que el artículo 43.2 de la LC, que recoge la excepción a la regla general, se encuentra ubicado dentro de capítulo 1º del Título III, y tiene como rúbrica la de conservación y administración de la masa activa. Es decir, toda medida de venta de bienes de la masa activa durante la fase común ha de responder a la idea de conservación o mantenimiento del valor de la masa, para la

Más discutible es el tipo de gestión patrimonial más adecuada ante las oportunidades de inversión empresarial y negocio que pudieran surgir. La conservación de la masa activa «del modo más conveniente para el interés del concurso» ha sido interpretada de distinto modo a nivel doctrinal.

Para algunos autores¹⁰⁴⁹, los poderes de administración y disposición conferidos habilitan a una gestión estrictamente conservativa del patrimonio concursal, sin que deudor y/o administración concursal estén facultados a realizar otro tipo de actos que consideren idóneos para el interés del concurso. La norma impide, a su juicio, la realización de inversiones que escapen al imprescindible mantenimiento del valor del patrimonio en el estado en el que se encuentre, incluida la eventual ampliación de la actividad empresarial.

Para otro sector de la doctrina¹⁰⁵⁰, en cambio, una gestión diligente, acorde con el mandato del art. 80 TRLC, exige una actuación orientada a maximizar el valor de la masa activa. Esto es, una administración y disposición conservativa no puede ser una gestión a riesgo cero, pues en determinados escenarios la falta de inversión implicará una pérdida de coste de oportunidad irrenunciable si se ha de desempeñar el cargo «con la diligencia de un ordenado administrador y de un leal representante».

Piénsese, por ejemplo, en una ocasión de negocio con alta probabilidad de éxito y baja tasa de riesgo (v.gr., compra de maquinaria o de un inmueble de alta revaloración y fácil venta). Un criterio estricto de conservación de la masa activa impediría la inversión y, por ende, el potencial incremento patrimonial, con eventual pérdida de la posición que en el mercado ocupara la empresa. A nuestro juicio, inversiones como la descrita exigen su explotación en orden a favorecer tales intereses. No invertir implica,

íntegra o máxima satisfacción de los créditos incluidos en la masa pasiva, de manera que esa medida no pueda perjudicar a los acreedores. Estamos, por tanto, en presencia de una manifestación de uno de los principios esenciales de la legislación concursal consistente en que toda actuación ha de estar presidida por el interés del concurso. Y sobre este interés del concurso ha de señalarse que la autorización puede responder a una doble finalidad, por un lado garantizar la conservación del bien, permitiendo así la venta de mercancías perecederas, de difícil o imposible conservación; por otro garantizar el valor del bien, para los supuestos de bienes de rápida depreciación». En la misma dirección, AJM nº 4 de Madrid nº recurso 33/2004, de 11 de octubre de 2005 (Roj: AJM M 54/2005): «Lo relevante en estos casos es conservar el valor del patrimonio concursal y ello puede pasar por la necesidad de enajenar bienes perecederos, de difícil o costosa conservación e incluso puede justificar que se realicen bienes y derechos para salvar otros de mayor interés».

¹⁰⁴⁹ Entre otros, en interpretación de la LC, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 43 LC», cit., pp. 890 y 891.

¹⁰⁵⁰ Entre otros, en relación al art. 43.1 LC, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., pp. 1091 y ss.

en cambio, al menos en algunas ocasiones, incumplir el mandato de conservación de la manera más conveniente a los intereses del concurso¹⁰⁵¹.

Aun pudiendo reputarse la cuestión discutible, nos decantamos por esta última interpretación, tendente a la maximización del valor de la masa, con base en una lectura conjunta y sistemática del art. 204 TRLC y otros preceptos (v.gr., arts. 80, 114, 165, 166, 167, 168 y 215 y ss. TRLC) de los que se infiere la vocación del legislador de procurar una gestión activa del patrimonio, con atribución de distintos instrumentos orientados a aumentar su rendimiento económico¹⁰⁵².

El interés del concurso en la fase común queda así circunscrito al aumento del valor de la masa activa, con preferencia por la continuidad de la actividad empresarial o profesional, en tanto medio que generalmente contribuye mejor a este objetivo y, en consecuencia, a una mayor satisfacción de los acreedores. La continuación de la actividad empresarial o profesional queda sometida, de este modo, a idéntico juicio de satisfacción de los derechos de crédito concursales y no se erige en un criterio de política legislativa separado que pueda ocasionar menoscabo a tal satisfacción¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Lógicamente, el riesgo asumible en cada operación no puede ser determinado con exactitud. En opinión de TIRADO, el concursado debe mantenerse en inversiones que tengan una tasa de riesgo baja, aunque el rendimiento esperado también lo sea: «valdría decir que, al adoptar decisiones de inversión, los administradores han de optar por invertir en proyectos que tengan una probabilidad alta, aunque la ganancia esperada sea menor» (ibidem, p. 1092).

Esta interpretación nos parece también la más razonable si atendemos al fenómeno desde la óptica de los acreedores. En efecto, cuando los acreedores conceden crédito al deudor solvente lo hacen, generalmente, con apoyo en una decisión racional. Una alteración del nivel de riesgo es una modificación de las condiciones inicialmente pactadas y, por ende, una alteración que debe estar justificada. Salvo en situaciones económicas endémicas del concursado, los acreedores privilegiados serán proclives a una gestión estrictamente conservativa, y los ordinarios y subordinados estarán interesados en una gestión más agresiva, con asunción de mayores riesgos, en orden a la obtención de ingresos que alcancen a cubrir sus créditos. Pero la administración y disposición patrimonial que promueve la declaración de concurso es forzosamente dispar. Con carácter general, nótese que nos encontramos con una actividad empresarial con ánimo de lucro que precisa de una administración conforme a las reglas de mercado para conservar su valor. En palabras de TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., p. 1092: los acreedores «mejor situados no pueden solicitar una actividad especialmente conservadora porque ya tienen su propia garantía. Los ordinarios no pueden esperar un alto riesgo, pero sí tienen derecho a que no se les modifique enteramente la situación objetiva sobre la que adoptaron la decisión de conceder crédito (...) pueden esperar legítimamente que el deudor siga desplegando, al menos mínimamente, la misma actividad que desarrollaba, pues el riesgo que asumió el prestamista se basaba en expectativas que se correspondían con un comportamiento esperado».

¹⁰⁵² En este sentido, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., pp. 1068 y 1069.

¹⁰⁵³ Cfr. GARCÍA VICENTE, «Comentario al artículo 61», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 673.

A este respecto, la preferencia por las soluciones que garantizan la continuidad de la empresa o su conservación mediante la enajenación de unidades productivas con pérdida de valor de la masa tiene estipulado legalmente un límite (art. 219 TRLC): «en caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta

A sensu contrario, una prolongación de la actividad perjudicial en la conservación del valor de la empresa exigiría el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, en su caso, el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial (art. 114.1 TRLC)¹⁰⁵⁴, con liquidación patrimonial anticipada si pudiera resultar necesario en orden a asegurar aquella mayor satisfacción (arts. 215 y ss. y 415.3 TRLC)¹⁰⁵⁵.

A nuestro juicio, este criterio es el que ha de inspirar la interpretación del resto de preceptos que, aplicables durante la fase común, se hallan afectados o aluden explícitamente al interés del concurso como estándar de decisión.

En primer término, de este modo ocurre con aquellas disposiciones orientadas a la continuidad de la empresa. En concreto, a la conservación o resolución de los contratos con terceros contratantes (arts. 156 y ss. TRLC), laborales (art. 169 y ss. TRLC) y de alta dirección (art. 186 y ss. TRLC) tendentes a evitar desajustes en el funcionamiento de la actividad que agraven la crisis existente.

Es relevante a estos efectos la imposibilidad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas por la mera declaración de concurso (arts. 156 y 158 TRLC), con reconocimiento legal, a renglón seguido, de la facultad de la administración concursal, en caso de suspensión, o del concursado, en caso de intervención, para «solicitar la resolución (...) si lo estimaran conveniente al interés del concurso» (art. 165.1 TRLC).

Aun sin incumplimiento, es así posible la resolución contractual cuando se prevea que el grado de satisfacción de los acreedores será mayor que el que se obtendría

superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores». Vid. apartado VII, párrafo 5º, EM LC.

¹⁰⁵⁴ Con todo, jurisprudencialmente se ha sostenido que en tanto que se trata de una medida excepcional, el cese debe ser «interpretado con criterio restrictivo y, en todo caso, atendiendo a los intereses del concurso» -cfr. AJM nº 1 de Bilbao, de 25 de enero de 2006 (AC 2006, 249)-.

¹⁰⁵⁵ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya introdujo modificaciones en la LC favoreciendo la anticipación de la liquidación y permitiendo una tramitación más rápida de aquellos concursos en los que el deudor solicitase la liquidación en los primeros momentos. Así rezaba su preámbulo IV, párrafo 1º: «La ley pretende (...) que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminar posibilidad de garantizar su viabilidad y aumentar los costes».

Los derogados arts. 43.4 LC y 146 bis LC se introdujeron con la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, reconociendo y clarificando el régimen jurídico aplicable a la venta de una unidad de negocio en la fase común. Actualmente, ampliados y con mejor técnica, aparece regulada en los arts. 215 a 224 TRLC

con el cumplimiento del contrato¹⁰⁵⁶. Esto es, cuando el beneficio neto que arroje la resolución del contrato para la masa activa sea superior que el saldo obtenido con la ejecución¹⁰⁵⁷.

Asimismo debe interpretarse la posibilidad de que dispone el juez del concurso *ex art. 164 TRLC* para mantener la vigencia de aquellos contratos en los que la contraparte pretende su resolución ante el incumplimiento de las prestaciones pactadas tras la declaración de concurso (art. 161 TRLC) -también anteriores si se trata de contratos de tracto sucesivo (art. 160 TRLC)-¹⁰⁵⁸. Recae, en concreto, sobre la

¹⁰⁵⁶ Como ha señalado MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 61», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1147, esta resolución contractual lleva consigo la disposición de un bien de la masa activa, lo que exige su valoración conforme al criterio de conservación más conveniente para los intereses del concurso *ex art. 43.1 LC* -para el «interés del concurso» en el vigente art. 204 TRLC-.

¹⁰⁵⁷ En palabras de la SJM nº 1 de Palma de Mallorca, de 28 de septiembre de 2007 (AC 2008, 371): «debemos concretar que interés para el concurso acontecerá cuando la satisfacción que obtenga la masa del concurso, los acreedores concursales, sea mayor que el que obtendrían de mantener el contrato en vigor en los términos establecidos, dado que de no ser así el contrato deberá mantenerse en sus términos». En este sentido, entre otras, vid. SJM nº 5 de Madrid, de 21 de febrero de 2011 (PROV 2011, 85625).

Siguiendo a MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 61», cit., pp. 1147 y 1148 -la misma SJM nº 1 de Palma de Mallorca, de 28 de septiembre de 2007 (AC 2008, 371) se sirve de ello-, para determinar si la resolución contractual es o no favorable es preciso tener en cuenta distintas circunstancias; entre otras: el importe del crédito y de la deuda derivados del contrato pendiente; cuando la resolución del contrato implica la devolución del bien y el concurso desemboca en liquidación, si con su realización se obtiene un mayor o menor valor que con el cumplimiento del contrato; comparar las condiciones del contrato pendiente de ejecución con las de otro que pudiera celebrarse en ese momento más favorable y orientado a satisfacer la misma necesidad; el futuro que para la solución del concurso puede deparar la resolución del contrato; la eventual indemnización por daños con cargo a la masa y restituciones que procedan (art. 165.3-I TRLC); la oportunidad de que sea el contratante *in bonis* quien inste la resolución por incumplimiento, sobre todo respecto a los incumplimientos anteriores a la declaración (en los contratos de tracto sucesivo) dada su consideración de crédito concursal y no contra la masa (art. 163 TRLC).

¹⁰⁵⁸ Respecto a los contratos de tracto único, la limitación de la facultad de resolución por incumplimientos anteriores del concursado favorece «decididamente al interés del concurso (y, por tanto, de la colectividad de acreedores) frente al interés individual de la parte “*in bonis*”, quien en todo caso tiene la oportunidad de actuar en defensa de su derecho mediante la comunicación en el concurso del crédito que pudiera corresponderle por el incumplimiento de la contraparte concursada, de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, y someter así su derecho al régimen común concursal para intentar el cobro del mismo» -cfr. SAP de Salamanca (Sección 1ª) 190/2012, de 4 de abril (Roj: SAP SA 228/2012)-.

En la doctrina se discutía si el derogado art. 62.1 LC permitía la resolución por incumplimiento de los contratos de tracto único con obligaciones recíprocas cuando existe un incumplimiento del concursado anterior a la apertura del concurso. A favor de esta posibilidad, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 62», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1165, y GARCÍA VICENTE, «Comentario al artículo 61», cit., p. 690, deviniendo el crédito concursal. En contra, entre otros, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 62», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 708: «si el incumplimiento fue del concursado y la parte *in bonis* no ha ejercitado el derecho a resolver, ya no puede hacerlo. De igual forma que la declaración de concurso impide ya reclamaciones individuales, prohíbe la alteración de los créditos tal y como estaban configurados al momento de declaración». En este sentido, asimismo, CLEMENTE MEORO, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a

contraparte *in bonis* el sacrificio de ver limitadas sus posibilidades de resolución contractual en interés del concurso, sin perjuicio de que sean con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado tras la declaración de concurso (art. 163 TRLC)¹⁰⁵⁹.

Pese a la dicción legal, no creemos, empero, que se trate de una facultad ejercitable por el juez, en base al interés del concurso, sin previa alegación de contrario. Consideramos que solo cabe un pronunciamiento judicial al respecto si deudor y/o administración concursal, según el régimen decretado, formulan oposición a la petición de resolución del contrato instada por la parte *in bonis*, pugnando así por su continuación¹⁰⁶⁰.

Esta promoción de la continuidad de la actividad empresarial y/o profesional se observa, igualmente, en la conservación de los contratos laborales. Ello debe predicarse en tanto convenga para alcanzar una mayor satisfacción de los acreedores. Es decir, cuando interese el cierre total o parcial de la explotación o el cese de la actividad empresarial *ex art.* 114 TRLC, o incluso cuando no se acuerde tal medida pero sea necesario, se procederá a la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos en los términos del arts. 169 y ss. TRLC. Este mismo criterio, en orden a maximizar el valor de la masa, ha de presidir la decisión en relación a los contratos con el personal de alta dirección (arts. 186 a 188 TRLC).

En segundo lugar, el TRLC faculta a la administración concursal a rehabilitar determinados contratos en los términos de los arts. 166 (contratos de crédito, préstamo y demás de financiación), 167 (contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles

condición resolutoria por impago del precio», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, p. 203, 204 y 212; y, en jurisprudencia, SSAP de Murcia (Sección 4ª), de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 490) y de Barcelona (Sección 15ª), de 13 de septiembre de 2006 (JUR 2008, 104351). El TRLC resuelve la disyuntiva optando por esta segunda opción: vid. art. 160.

¹⁰⁵⁹ Sobre si, en los contratos de tracto sucesivo, las prestaciones vencidas e insatisfechas antes de la declaración de concurso son créditos concursales o contra la masa, vid., en relación a la LC, GARCÍA VICENTE, «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 13, 2008, pp. 350 y ss. que se decanta por su consideración como crédito concursal. En este sentido, del mismo autor, «Comentario al artículo 61», cit., pp. 696, 697 y 700; asimismo, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 62», cit., p. 715, y SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., p. 15 (versión digital). Igual clasificación merece el crédito en el TRLC (art. 163.1).

¹⁰⁶⁰ En este sentido, GARCÍA VICENTE, «Comentario al artículo 62», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 709 y 710. En contra, MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 62», cit., p. 1168; VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 62», cit., p. 710; y SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., p. 17 (versión digital).

con contraprestación o precio aplazado) y 168 (enervar la acción de desahucio y rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento urbano). De este modo, se articula otro mecanismo ordenado para restaurar la eficacia de ciertos contratos que pueden reputarse indispensables para garantizar la continuidad en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. En la medida en que la rehabilitación favorezca un aumento del valor de la masa estará justificado su empleo¹⁰⁶¹.

Estas prevenciones orientadas a favorecer la continuidad de la empresa mediante la conservación de los contratos (arts. 156 y ss. y 169 y ss. TRLC) o su rehabilitación (arts. 166, 167 y 168), en aplicación del principio reconocido en el art. 111.1 TRLC, se acompaña de un régimen jurídico enfocado a que la actividad no se vea entorpecida con ejecuciones o apremios separados. Se veda así el inicio y continuación de las ejecuciones en los términos de los arts. 142 a 151 TRLC¹⁰⁶². En tales preceptos, el carácter necesario del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional se erige en elemento definitivo para su aplicación. Aun con garantía, se sacrifica el interés del acreedor individual, al menos temporalmente, con posposición de su ejecución, a favor del interés del concurso.

Por último, la conservación del valor de la masa activa puede exigir una actuación de la administración concursal y del deudor en sede procesal. Ante eventuales perturbaciones patrimoniales, es posible la interposición de acciones o formulación de resistencias por deudor y/o administración concursal, según el régimen decretado, en aplicación de los arts. 119, 120 y 140.2 TRLC. Incluso los acreedores, ante la pasividad de la administración concursal o del deudor, pueden litigar «a su costa en interés de la masa» (art. 122 TRLC).

En esta tutela instrumental en defensa del patrimonio concursal se incardinan, de un lado, las acciones de que dispone la administración concursal para impugnar los actos del deudor llevados a cabo tras la declaración de concurso, con inobservancia del ámbito de actuación reconocido (arts. 109 y 112 TRLC)¹⁰⁶³; de otro, las acciones de responsabilidad frente a los administradores concursales ejercitables por deudor y acreedores ante el deterioro de la masa por una inadecuada actuación de aquellos (arts.

¹⁰⁶¹ Sobre el fundamento de la rehabilitación como instrumento que permite la continuidad de la actividad empresarial del deudor, vid. ZURUTUZA ARIGITA, *La rehabilitación de los contratos en el concurso*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 39 y ss.

¹⁰⁶² Sobre este régimen jurídico, vid. *supra* Capítulo III.

¹⁰⁶³ Sobre la cuestión, vid. Capítulo III.

94 y 96 TRLC). En el ejercicio de acciones por los acreedores, el eventual resultado estimatorio, con indemnización de los daños y perjuicios, no redunda en su esfera jurídica sino en la masa, con derecho al reembolso de los gastos necesarios que hubiere soportado (art. 96 *in fine* TRLC)¹⁰⁶⁴.

b. La reconstitución del activo concursal

Junto a lo expuesto, la maximización del valor de la masa en aras a una mayor satisfacción de los acreedores se garantiza por otras vías.

En la consecución de este aumento de la estimación patrimonial, el encargo a la administración concursal para la delimitación de las masas facilita un conocimiento general de la situación patrimonial que posibilita la identificación de los bienes y derechos que salieron indebidamente del patrimonio concursal, así como de las responsabilidades de terceros que han de ser depuradas.

Sucintamente expuesto, en primer lugar, el sistema de reintegración concursal y su compatible ejercicio con otras acciones (nulidad, anulabilidad y pauliana) favorece la reconstrucción del patrimonio mediante la rescisión o declaración de ineficacia del acto consumado por el deudor con anterioridad a la declaración de concurso (arts. 226 a 238 TRLC). En concreto, con las acciones de reintegración se persigue restaurar la integridad del patrimonio del deudor, que debe garantizar la satisfacción de los acreedores, evitando la disminución del valor del activo carente de justificación. En segundo lugar, esta reconstitución de la masa activa se complementa con otros dos instrumentos. De un lado, con el régimen específico de responsabilidad de socios, administradores o liquidadores, persona con facultades de alta dirección en la sociedad, auditores y expertos independientes en los términos de los arts. 131 y 132 TRLC. De otro, en los supuestos de apertura de la fase de calificación, de ser dictada sentencia de culpabilidad, con extensión de la responsabilidad patrimonial contraída por otros sujetos distintos del deudor (arts. 455.2.3º a 5º y 456 TRLC)¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁴ La LC deslinda muy claramente este supuesto del que acoge el art. 98 TRLC, destinado a las acciones de responsabilidad por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses del concursado, acreedores o terceros.

¹⁰⁶⁵ Sobre las acciones orientadas a la reconstitución patrimonial, vid. *supra* Capítulo III.

b) El interés del concurso en la fase de convenio

Con la apertura de la fase de convenio es de aplicación el régimen jurídico de la fase común (cfr. art. 306.3 TRLC). Hasta la aprobación del convenio se procura, de este modo, idéntico fin: maximizar el valor del activo como medio para obtener la mayor satisfacción de los acreedores.

En coherencia con el propósito de esta fase, se fomenta la continuidad de la empresa a través de quitas, esperas y/o enajenación en bloque de ciertas unidades productivas, o del conjunto de bienes y derechos de la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado (arts. 215 y ss. y 324 TRLC)¹⁰⁶⁶.

La aprobación de un convenio de continuación o la enajenación en bloque, con mantenimiento de los contratos de trabajo y la actividad por el nuevo adquirente, solo se prevé factible en tanto en cuanto se vaticine la recuperación económica del deudor¹⁰⁶⁷, con aumento de las posibilidades de satisfacción de los acreedores¹⁰⁶⁸. Una idea contraria supone alterar la graduación de intereses subjetivos prevista en el TRLC, con protección preferente de deudor, trabajadores y/o personal directivo. Así se constata a la vista de los arts. 376 a 378 y 396 a 398 TRLC; el eventual interés de la deudora, sus directivos y trabajadores por la continuidad empresarial únicamente es viable si cuenta con la mayoría de votos favorables de los acreedores en la aprobación de la propuesta de convenio.

Aprobado el convenio, la aspiración del concurso se plega a la satisfacción de los intereses subyacentes asociados al cumplimiento de lo en él acordado¹⁰⁶⁹. Esta reparación se somete a ciertos controles; a saber, los que fije el propio convenio, con

¹⁰⁶⁶ Al respecto, véanse las limitaciones legales impuestas al contenido del convenio *ex* arts. 318 y 329.2 TRLC. En concreto, la prohibición de alteración de la cuantía de los créditos o su clasificación establecida en el TRLC, de establecer convenios de liquidación global (sobre su fundamento, vid. nota al pie 280), o pretender convenios de cesión que afecten a bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado.

¹⁰⁶⁷ El fin conservativo no puede perseguirse, pues, a toda costa sino que está condicionado a la recuperabilidad económica del deudor. En este sentido, vid. PULGAR EZQUERRA, «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (Dirs.), Dilex, Madrid, 2003, p. 485, y, SERRA RODRÍGUEZ, «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», cit., p. 18 (versión digital).

¹⁰⁶⁸ Como advierte TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., p. 1099, solo en tanto se beneficien paralelamente los acreedores es posible prever la continuación de la actividad.

¹⁰⁶⁹ En principio, durante el cumplimiento del convenio, dadas las posibilidades reconocidas al deudor de instar la liquidación en cualquier momento (art. 406 TRLC), parece que el interés del deudor converge con el interés de la mayoría de los acreedores.

limitación de las facultades patrimoniales del deudor (art. 321.1 TRLC) en orden a reforzar su cumplimiento, y legales, en concreto, el deber del deudor de informar semestralmente acerca del grado y forma de tal cumplimiento (art. 400 TRLC)¹⁰⁷⁰.

Como sabemos, la eficacia asociada a la sentencia aprobatoria del convenio no empece la protección de la masa activa. Aun no siendo aplicable el art. 204 TRLC, resultan operativas otras previsiones encarriladas a garantizar la satisfacción de los acreedores en los términos pactados y a su reparación ante el posible incumplimiento.

En primer lugar, porque el TRLC reconoce que la administración concursal conserva «plena legitimación para continuar los incidentes en curso así como para actuar en la sección sexta, con facultades para solicitar la ejecución provisional o definitiva de las sentencias que se dicten en esos incidentes y de la sentencia de calificación» (art. 395.3 TRLC), con los resultados de índole patrimonial que ello puede arrojar a favor de la masa activa. Unido a ello, el convenio puede encomendar otras funciones a cualquier miembro de la administración concursal o al auxiliar delegado (art. 322 TRLC)¹⁰⁷¹, si bien en el ejercicio de estas ya no actuarán en la condición de titulares de un órgano del concurso, sino como mandatarios convencionales en cumplimiento de lo pactado¹⁰⁷².

En segundo término, porque aquella eficacia de la sentencia que aprueba el convenio no acarrea que el deudor recupere el libre ejercicio de sus facultades patrimoniales. El convenio, como referíamos anteriormente, puede contemplar medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las indicadas facultades del deudor, enderezadas a evitar la desaparición o disminución de los bienes de la masa durante la

¹⁰⁷⁰ Siguiendo a MORILLAS, el concursado deberá informar de todo lo que conozca o hubiera debido conocer acerca del cumplimiento del convenio por él mismo y por parte de los restantes sujetos implicados en la ejecución (en «Comentario al artículo 138», cit., p. 2266). La consecuencia asociada al incumplimiento de este deber es, sin embargo, de alcance muy relativo. Nótese que la falta de presentación del informe no implica incumplimiento del convenio (aunque el juez puede hacer uso de sus facultades para su consecución *ex arts. 705 y 709 LEC*), y, solo en caso de apertura de la liquidación por incumplimiento de aquel, este comportamiento puede tener un reproche legal directo en la calificación (art. 444.2º TRLC).

¹⁰⁷¹ Funciones de distinta naturaleza (v.gr., fiscalización del cumplimiento del convenio o necesaria autorización para la realización de determinados actos) no solo atribuibles a los administradores concursales o auxiliares delegados como parece inferirse del art. 322 TRLC, sino también a acreedores o, incluso, a terceros con concreción del régimen de actuación aplicable. Respecto al régimen de la LC, que guardaba silencio sobre tal atribución, así lo entendía ROJO, «Comentario al artículo 133», cit., p. 2218.

¹⁰⁷² Identidad subjetiva no debe ser confundida con identidad de naturaleza jurídica. Como ha señalado ROJO, «Comentario al artículo 133», cit., p. 2219, el administrador concursal cesa como tal por virtud de la aprobación judicial del convenio aunque este le pueda atribuir concretas funciones en orden a garantizar su cumplimiento.

fase de cumplimiento del convenio con perjuicio para los acreedores. Tales prevenciones pueden ser de distinta naturaleza y de muy dispar alcance, incluso de mayor intensidad que las previstas con la declaración de concurso¹⁰⁷³. Su infracción es susceptible de impugnación por medio de la acción de ineficacia de los arts. 405.2 y 558.2 TRLC, una vez declarado el incumplimiento del convenio a instancia de parte (arts. 402.2 TRLC), así como cualquier otro acto que «suponga contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias». Esta tutela es reforzada con la acción de reintegración de la masa frente a los actos perjudiciales «realizados por el deudor durante esa fase si se acreditara la concurrencia de fraude» (art. 405.2 *in fine* y 558.2 *in fine* TRLC).

Por otro lado, la sección de calificación puede sustanciarse de manera paralela a la de convenio. Cuando el convenio sea especialmente gravoso para los acreedores (apartado VIII, párrafo 1º, EM LC), esto es, contemple una quita superior a un tercio de sus créditos o una espera superior a tres años para todos los acreedores o para los de una o varias clases o subclases (art. 446.1 y 2 TRLC), se decretará la apertura de la sección de calificación.

Se potencia de esa manera la reconstitución de la masa activa en las hipótesis de concurso culpable, con extensión de la responsabilidad patrimonial contraída frente a los sujetos que configuraron la voluntad del concursado y determinaron los derroteros de su actuación; también respecto a terceros que, con dolo o culpa grave, colaboraron con el deudor o con sus representantes legales, administradores, liquidadores o apoderados generales en la realización de cualquier acto que sirva para fundar la calificación del concurso como culpable (arts. 445 y 455.2.1º TRLC). En estos supuestos, la masa activa acrecentará en los términos de los arts. 455.2.3º a 5º TRLC, con eventual condena a la cobertura total o parcial del déficit patrimonial generado *ex* art. 456 TRLC¹⁰⁷⁴.

En esta materia, la satisfacción de los acreedores se reputa el objetivo prioritario en detrimento de la función represora que dispensa la sección de calificación. Adviértase que la norma concursal evita la apertura de la aludida sección en los

¹⁰⁷³ Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», cit., pp. 182 a 184.

¹⁰⁷⁴ Vid. epígrafe “La reintegración de la masa en supuestos de concurso culpable” del Capítulo IV.

supuestos en los que se alcance un convenio “no gravoso” para los acreedores (art. 446.2 TRLC). Del mismo modo parece que ha de interpretarse en los casos en los que concurra un conflicto entre la satisfacción de los acreedores y el interés público asociado a la calificación¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷⁵ Así, por ejemplo, cuando fuera necesario suspender temporalmente la ejecución de la inhabilitación derivada de un concurso culpable para garantizar el cumplimiento de un convenio. De interés al respecto, la SJM nº 7 de Madrid de 11 de abril de 2008 (PROV 2008, 357081). En esta resolución, el juez acordó la suspensión de la ejecución de la inhabilitación derivada de una calificación de concurso culpable aplicando los arts. 80 y ss. CP, al considerar que la gestión del consejero delegado de la empresa era necesaria para garantizar el cumplimiento del convenio. De esta suerte, en la graduación de los intereses en juego, el órgano jurisdiccional priorizó la ejecución del convenio como solución que procura una mayor satisfacción de los acreedores hasta el punto de excluir definitivamente la sanción de inhabilitación en caso de cumplimiento íntegro de aquel.

En efecto, en la sentencia se hace constar que el automatismo en la aplicación de la inhabilitación del derogado art. 172.2.2º LC (actual art. 455.2.2º TRLC) puede producir algunos efectos perniciosos y contradictorios con la propia finalidad del concurso, sobre todo si se tiene en cuenta que «cuando se aprueba un convenio no se conoce el resultado de la calificación» y «en muchos casos, la aprobación del convenio se basa en la confianza que genera el administrador de la sociedad que aparece como eslabón esencial en la cadena que permite el cumplimiento». Argumenta: «El artículo 172.2 de la Ley Concursal establece que la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación se impondrá atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Si la finalidad del concurso es el pago de los acreedores, y la Ley prima el convenio como la solución preferida del concurso, resulta que la ejecución en todo caso de la sanción de inhabilitación puede ser más perjudicial que su no ejecución, frustrando así la finalidad de la norma (...) El que el legislador haya optado por realizar esa labor depurativa y represora en el seno del procedimiento concursal no debe erigirse en baluarte inexpugnable que impida el cumplimiento de la finalidad primaria del concurso, por lo que una interpretación teleológica que permita conciliar ambos objetivos debe ser posible». De este modo, aplica analógicamente el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena *ex* arts. 80 y ss. CP, con requisitos y condiciones, en una solución orientada a incentivar «la proposición y cumplimiento de los convenios en el ámbito del concurso, que de otro modo se ven desmotivados». En esta línea apunta «el retraso del efectivo cumplimiento de la inhabilitación permite superar este efecto, pues en ocasiones el cumplimiento del convenio comporta un sacrificio personal que difícilmente estará dispuesto a asumir, si sabe que al fin será inhabilitado y no podrá continuar con su actividad empresarial. Por otro puede impedir en muchos casos que el convenio aprobado llegue a cumplirse».

Pese a lo ingenioso de la solución en orden a priorizar la tutela primera del proceso concursal, no parece que el órgano jurisdiccional esté facultado para excepcionar la sanción en el caso de cumplimiento del convenio. A lo sumo, podrá graduarla temporalmente pero en ningún caso excluirla, pues no prevé el TRLC -como ocurría ya en la LC- ninguna disposición que habilite tal posibilidad. Al respecto, no debe obviarse que la sección de calificación también cumple una función de protección del mercado, del tráfico jurídico y de la sociedad en general con tutela del interés público. En este sentido, vid. TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., pp. 1101 a 1104: «La protección del interés concursal puede servir para armonizar los dos objetivos legales (la mayor protección de los acreedores y la represión de comportamientos antijurídicos) jerarquizándolos, pero no para ignorar uno de los dos». Asimismo, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento de un convenio: una reflexión crítica», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 15, 2008, pp. 386 y ss., que considerando difícilmente aplicable la solución ofrecida por la resolución expuesta, al no existir en la norma concursal laguna legal que permita aplicar la analogía, entiende en cambio que se podría «diferir el cumplimiento de la inhabilitación al momento de dictarse la resolución judicial de cumplimiento o incumplimiento del convenio y establecer un plazo de inhabilitación diverso según se produzca uno u otro» (p. 394).

c) El interés del concurso en la fase de liquidación

El objetivo al que sirve la liquidación concursal es la obtención de los mayores ingresos posibles derivados de la realización de los bienes y derechos del deudor¹⁰⁷⁶.

La tendencia a favorecer la enajenación unitaria de la empresa o de determinadas unidades productivas¹⁰⁷⁷, sea en la confección del plan de liquidación (art. 417.2 LC), sea en aplicación de las reglas supletorias (art. 422.1 TRLC), no ha de enturbiar la jerarquización de intereses subjetivos que instaura el TRLC. Con todo, de una lectura conjunta de los 415 y ss. y arts. 215 y ss. TRLC se desprende una moderación del rigor de esta graduación en las hipótesis de enajenación global de la empresa o de una o varias unidades productivas.

El cuidado por la conservación de la empresa y los puestos de trabajo lleva al legislador a imponer a la administración concursal, entre los criterios legales para la confección del plan de realización, la exigencia de proyectar «la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de la masa activa o de algunos de ellos» (art. 417.2 TRLC). En la resolución del plan de liquidación, sin embargo, se dota al juzgador de libertad para «según estime conveniente para el interés del concurso (...) aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias» (art. 419.1 TRLC).

Atendiendo a la finalidad primera del proceso concursal, el aludido interés del concurso se debe corresponder con aquel que garantiza un mejor resultado en la liquidación, entendido como el que ofrece un más elevado grado de satisfacción de los acreedores concursales¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁶ De igual modo, vid. MORALEJO IMBERNÓN, «Comentario al artículo 148», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1593, y «Comentario al artículo 149», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 1598.

¹⁰⁷⁷ Esta tendencia se observa igualmente en otras previsiones contempladas en el TRLC; v.gr., en «interés de la masa» se posibilita el abono de los créditos con privilegio especial evitando la realización de bienes o derechos afectos a aquellas (art. 430.2 TRLC; vid. apartado VII, párrafo 8, EM LC).

¹⁰⁷⁸ Respecto a la LC, de esta opinión, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 148», cit., p. 2376; en contra, aun reconociendo sus dudas en una lectura conjunta de los arts. 148 y 149 LC, UCEDA OJEDA, «Comentario al artículo 148», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 692: «el ideal de la ley es compaginar, en cuanto sea posible, ambos intereses

El TRLC así parece concebirlo en la confección del plan de liquidación y su modificación: «la administración concursal elaborará el plan de liquidación atendiendo al interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores» (art. 417.1); y «el administrador concursal podrá solicitar del juez en cualquier momento la modificación del plan aprobado si lo estima conveniente para el interés del concurso y la más rápida satisfacción de los acreedores» (art. 420.1 TRLC).

De igual modo se desprende de las reglas supletorias. El art. 422 TRLC insta que el conjunto de los establecimientos, explotaciones y unidades productivas se enajenarán «como un todo», salvo cuando el juez, previo informe de la administración concursal, «estime más conveniente para el interés del concurso (...) que se efectúe la enajenación individualizada de los establecimientos, explotaciones o de algunas de ellas, o de los elementos de que se compongan». Esto es, en la decisión sobre la liquidación de los bienes se ha de estar al sistema que proporcione, en términos crematísticos, más ingresos y con ello una mayor satisfacción de los créditos concursales¹⁰⁷⁹.

Ahora bien, no es tan claro que, sin excepción, ocurra según lo expuesto a la vista del tenor de los arts. 219 TRLC, de aplicación a la fase liquidación (art. 415.3 TRLC). En efecto, esta regla atempera el rigor de la afirmación sostenida en los supuestos en los que el juez opte por la fórmula de la enajenación global de la empresa o de una o varias de sus unidades productivas. La norma dota al órgano jurisdiccional, en caso de subasta, de un margen de discreción para valorar y adjudicar, de entre las distintas ofertas cuyo precio no difiera en más del quince por ciento de la inferior¹⁰⁸⁰, la que estime que «garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto

(...) dejando abierta, en otro caso, la decisión para el caso concreto, estimando, con muchas dudas, que debe primar el interés social, salvo que cause un daño apreciable o relevante a los acreedores concursales». En contra también, respecto a la norma de 2003, MORALEJO IMBERNÓN, «Comentario al artículo 149», cit., p. 1598, que en la pugna entre la continuidad de la empresa y los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los acreedores en aplicación de las reglas supletorias refiere: «lo que ya no está tan claro es el orden en el que uno y otro interés -que pueden llegar a ser contradictorios- habrán de ser tenidos en cuenta durante la realización del patrimonio del concursado, si bien considero que la primera mención a los intereses concursales, como determinante de que se opte por la venta conjunta de la empresa en detrimento de su realización separada, deberá pesar algo más en la decisión del juez o de la persona que tuviera encomendada la venta de los bienes».

¹⁰⁷⁹ A nuestro juicio, igual criterio debe emplear el juez a la hora de escoger el sistema de realización de la empresa en conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva cuando considere que la enajenación directa o a través de persona o entidad especializada es la forma más idónea, frente a la subasta, para salvaguardar el interés del concurso (art. 215 a 217 TRLC).

¹⁰⁸⁰ Previsión legal introducida en el art. 149.1.3ª LC por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y que se mantiene en el actual art. 219 TRLC.

o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores». Es decir, el órgano jurisdiccional (una vez opta por la enajenación global o por unidades productivas) ha de decidir, entre las ofertas económicas más altas y próximas entre sí, qué opción reputa más adecuada para la satisfacción de los intereses concurrentes (continuidad empresarial, puestos de trabajo y satisfacción crediticia)¹⁰⁸¹.

La solución por la que se decanta la norma es una opción de política legislativa razonable que puede, empero, distorsionar la satisfacción del fin primario del proceso concursal. Con esta solución conciliadora de intereses, el TRLC proporciona amparo legal a aquella decisión judicial que, por ejemplo, elija una oferta de 30 millones de euros y la conservación de 500 puestos de trabajo, frente a aquella otra que ofrezca 34 millones de euros con mantenimiento de 100 puestos de trabajo.

Por lo demás, no se ha de olvidar que la apertura de la liquidación implica el restablecimiento de los efectos dimanantes de la declaración de concurso (art. 413.1 TRLC), con instauración del régimen de suspensión y plena actividad de la administración concursal, que actúa en interés del concurso con posibilidad de impugnación de los actos perjudiciales realizados por el deudor. Asimismo, proceden en interés del concurso el deudor y los acreedores que, ante una actuación *contra legem* del administrador concursal, disponen de la pertinente acción de responsabilidad patrimonial (art. 94 TRLC), con engrosamiento, en caso de estimación, de la masa activa (vid., asimismo, arts. 208 y 428 TRLC).

¹⁰⁸¹ La norma resuelve, dotando de cierto margen de discreción al órgano jurisdiccional, un conflicto latente en la LC de 2003 desde su entrada en vigor para las hipótesis en las que el juez optaba por la liquidación global de la empresa o de una o varias de sus unidades productivas. En la interpretación del original art. 149 LC, BELTRÁN/MERCADER, «Comentario al artículo 149», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, civitas, Madrid, 2004, p. 2387, consideraban: «el juez habrá de optar, en su caso, por la oferta que garantice la conservación de la empresa y de más puestos de trabajo, y caso de haber varias que cumplan por igual esas condiciones, la que garantice la mayor satisfacción posible de los créditos. La regla no es contradictoria con la que establece (...) que el juez resuelva la fórmula de liquidación –global, por unidades productivas o individualizada– más conveniente al interés del concurso (art. 149.1). En efecto, el juez debe, en primer lugar, decidir qué fórmula de enajenación de la empresa es más conveniente para el interés del concurso y, una vez que decida que la fórmula más conveniente es la enajenación global de la empresa o de una o varias de sus unidades productivas, se considerará preferente la que garantice mejor la conservación de la empresa y, sucesivamente, la conservación de más puestos de trabajo y la mayor satisfacción de los acreedores». En contra, TIRADO, «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”... », cit., pp. 1099 y 1100, para el que esta interpretación supondría alterar el régimen legal de preferencias: solo ante ofertas con igual o muy similar satisfacción de los acreedores se habrá de optar por aquella que mantenga más puestos de trabajo pues, de otro modo, «el trabajo futuro de esos trabajadores se estaría pagando con el dinero de los acreedores de la compañía insolvente».

En los términos ya descritos, puede acrecentar el valor de la masa el pronunciamiento condenatorio en calificación *ex arts.* 455.2.3º a 5º y 456 TRLC.

CAPÍTULO VII
EL PATRIMONIO CONCURSAL COMO
PATRIMONIO SEPARADO

1. EL PATRIMONIO SEPARADO COMO CATEGORÍA JURÍDICA AUTÓNOMA. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DOGMÁTICA

Es ya común para la prevalente doctrina situar en el fin del patrimonio, y no solo en el sujeto, el nexo determinante de su unidad.

En efecto, con frecuencia, recae en la persona titular el vínculo de unión de los bienes y relaciones jurídicas que integran el patrimonio; en ocasiones, sin embargo, es la afectación de los bienes a un fin jurídicamente relevante el elemento integrador de una entidad distinta¹⁰⁸². En estos supuestos, el destino y no la voluntad del sujeto se erige en el fundamento configurador de la unidad sistemática, donde el patrimonio (y no el sujeto) deviene el término objetivo del débito y el punto de referencia de la responsabilidad (*Haftung*)¹⁰⁸³.

Es fácil comprender esta doble concepción si se atiende a la evolución que ha experimentado el concepto de patrimonio en los siglos XIX y XX.

Las primeras elaboraciones doctrinales que se construyeron en torno al patrimonio aparecen indisolublemente ligadas a la idea de personalidad. Fueron AUBRY y RAU quienes, en el ámbito de la doctrina francesa¹⁰⁸⁴, desarrollaron la denominada teoría personalista o subjetiva. Según esta concepción, el patrimonio constituye una proyección inescindible conectada a la personalidad -«*L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité*»¹⁰⁸⁵-, manifestación del poder jurídico del que está investida toda persona -«*Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et*

¹⁰⁸² Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Teoría general del patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo I, ed. Bosch, Consejo General del Notariado, Barcelona, 2005, p. 92.

¹⁰⁸³ Sobre la cuestión, cfr. ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», *Rivista di Diritto Civile*, julio-agosto, 2002, p. 555.

¹⁰⁸⁴ Aunque con notable influjo alemán. Nótese que la primera y segunda edición de su *Cours de Droit Civil Français*, 1839-1846 y 1850 (ed. F. Lagier, Strasbourg), es presentada como una traducción revisada y comentada del trabajo de ZACHARIE, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, Heidelberg, 1827. No así a partir de la 3ª ed. *Cours de Droit Civil Français, d'après l'ouvrage de M.C.S. Zacharie*, París, 1858; la 4ª ed., vol. VI, 1873, en la parte relativa al patrimonio, puede verse en: http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_biens/aubry_et_rau.pdf (consultada, por última vez, el 25 de julio de 2020).

¹⁰⁸⁵ Cfr. AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil Français*, cit., 4ª ed., § 573, p. 229.

*l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle»*¹⁰⁸⁶-.

El patrimonio se configura como un derecho innato, un predicado ontológico y un *a priori* del sujeto de derecho¹⁰⁸⁷, que tiene en la propiedad y en la obligación los límites naturales de su poder¹⁰⁸⁸. Es una construcción que se enmarca en el ámbito de la teoría voluntarista. La conexión a nivel interno del patrimonio, como *universitas iuris*, deviene efectiva por su sujeción a la acción de una única voluntad y un único poder jurídico¹⁰⁸⁹.

Desde el punto de vista técnico, la teoría personalista cumple un doble cometido. De un lado, la descrita relación entre patrimonio y voluntad del sujeto, como presupuesto constitutivo del derecho subjetivo, informa la teoría de los bienes del principio voluntarístico. El propietario no puede ser despojado de sus bienes si no es contando con su consentimiento. Al mismo tiempo, de otro lado, respecto a la actividad desarrollada por la persona en el tráfico jurídico, se formula la idea de sujeción de los bienes a la garantía y acción ejecutiva de los acreedores. La unidad del patrimonio y la universalidad de la responsabilidad patrimonial universal garantizan la participación de los sujetos en el tráfico jurídico¹⁰⁹⁰.

La fuerte carga dogmática e ideológica asociada a esta teoría suscitó la pronta aparición de detractores¹⁰⁹¹. Las limitaciones asociadas a su recta aplicación constituyeron blanco de notables críticas. En primer término, la exacta correspondencia entre patrimonio y sujeto de derechos implicaba el reconocimiento de subjetividad a los patrimonios sin sujeto (v.gr., herencia yacente); en segundo lugar, reconocer en el patrimonio una cualidad del sujeto suponía admitir la superposición entre capacidad

¹⁰⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 231. El patrimonio es uno e indivisible, como la personalidad misma, con las siguientes consecuencias: solo las personas pueden tener patrimonio; toda persona tiene necesariamente un patrimonio; y la persona solo tiene, en el estricto sentido del término, un patrimonio. Vid., junto a § 573, p. 231, el § 574, p. 232.

¹⁰⁸⁷ Cfr. ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 553.

¹⁰⁸⁸ Vid. AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil Français*, cit., 4ª ed., § 576 y § 579.

¹⁰⁸⁹ Vid. *ibidem*, § 573, pp. 229 y 230.

¹⁰⁹⁰ Cfr. ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 554. Siguiendo a este autor, la conexión entre personalidad y patrimonio postulada por esta teoría y la función de garantía asumida por el patrimonio de la persona llevaba asociado el abandono de los remedios de satisfacción orientados a la constricción física.

¹⁰⁹¹ Aunque también contó con firmes defensores. Entre otros, en Italia, BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. IX, parte I, Torino, 1895, p. 7; en España, ROCA SASTRE, «El patrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 15, 1926, pp. 171 y ss., especialmente, pp. 178 y ss.

jurídica y contenido de la titularidad; y, en tercer lugar, conectar un único patrimonio a una sola voluntad comportaba aceptar, en sus últimas consecuencias, que el tutor era el titular del patrimonio del incapaz¹⁰⁹².

En la segunda mitad del siglo XIX surge la denominada teoría objetiva o finalista del patrimonio, desarrollada por BRINZ y BEKKER¹⁰⁹³. En esta construcción el nexo del patrimonio no reside en el sujeto, sino en el fin. No es la persona, ni su voluntad, el elemento de referencia patrimonial, sino el interés o fin que el patrimonio persigue¹⁰⁹⁴. La pertenencia, característica de la imputación subjetiva, es sustituida entonces por la conexión objetiva a un destino determinado: el patrimonio no es necesariamente de alguien, sino esencialmente para algo (*für etwas*)¹⁰⁹⁵.

En la desvinculación entre patrimonio y personalidad se reconoce así la existencia de patrimonios sin titular y titularidad de varios patrimonios por parte de una persona. El nexo o conexión no depende o queda limitado, pues, a la existencia de una persona, sino a un propósito, que puede sustituir a aquella e, incluso, superponerse en la concreción de su unidad¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² ZOPPINI, *ibídem*, pp. 554 y 555. Entre los críticos, vid. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, tomo I, ed. LGDJ, París, 1919, pp. 141 y ss., disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3332127r/f5.image> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020). Vid. también PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil (avec la collaboration de RIPERT)*, 11ª ed., tomo I, París, 1928, p. 698, nota al pie 1, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k11599814/f9.image> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).

¹⁰⁹³ Vid. BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, ed. Erlangen, 1873, pp. 201 y ss., disponible en <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22110088%22> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020); BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, ed. Hermann Böhlau, Weimar, 1886, pp. 141 y ss., disponible en <https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/goToPage/bsb10931410.html?pageNo=161> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).

¹⁰⁹⁴ DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, nº 75, 7-8, 1991, p. 592. Como señala ZOPPINI, citando a BEKKER, en el destino (*Zwecksatzung*) se individualiza una categoría conceptual contrapuesta a la disposición (*Zuwendung*), idónea para explicar los supuestos en los que una atribución patrimonial se dirige a un fin (en «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., pp. 555 y 556).

¹⁰⁹⁵ Vid. ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 555.

¹⁰⁹⁶ Como pone de relieve DE LOS MOZOS, para BRINZ no existe, junto a la persona natural, un distinto tipo de persona (jurídica); sí, en cambio, una segunda especie de patrimonio, cuya relación y conexión viene determinada por la existencia de un fin y no de un sujeto. Más adelante, BEKKER distinguía los patrimonios de afectación entre patrimonios independientes, destinados a un fin y carentes de sujeto, y patrimonio dependientes, complejos patrimoniales integrados en el patrimonio de una persona, pero destinados a un fin especial y dotados de autonomía (en «Aproximación a una teoría general del patrimonio», cit., p. 592).

Esta técnica se fragua en un momento en el que la noción jurídica de interés alcanza su mayor perfección y relevancia jurídica¹⁰⁹⁷; también en un espacio temporal de mercantilización del Derecho privado, producto de la primera revolución industrial¹⁰⁹⁸. En la progresiva expansión e importancia del Derecho objetivo es donde fundamentalmente encuentra apoyo la consolidación del fin como elemento de pertenencia de los bienes¹⁰⁹⁹.

En este contexto aparece la noción de «patrimonio de afectación» o «patrimonio de destino» (*Zweckvermögen*). Frente al sujeto persona física, sobre el que pivotaba el sistema jurídico, el *Zweckvermögen* es configurado, en un primer tiempo, como patrimonio privado del titular, reproduciendo los argumentos que servían para justificar los derechos subjetivos sin titular¹¹⁰⁰, y, en un segundo momento, como patrimonio personificado¹¹⁰¹. De esta suerte, la *Zweckvermögenstheorie*, centrada en los patrimonios

¹⁰⁹⁷ Por todos, como fundamento de la tutela jurídica, IHERING, *El fin en el Derecho* (trad. ABAD DE SANTILLÁN), ed. Comares, Granada, 2000.

¹⁰⁹⁸ Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972 (reimpresión 1976), p. 37.

¹⁰⁹⁹ Como señalara BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, cit., p. 202: «Da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muß etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für einen Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unausweichlich der Zweckgedanke. Folgendermaßen nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen».

¹¹⁰⁰ Ya reconociendo la existencia de derechos sin sujetos destinados a un fin, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, pp. 10 y ss., disponible en <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22243109%22> (consultado, por última vez, el 28 de julio de 2020). Sobre la *Zweckvermögenstheorie* como evolución de la teoría de los derechos sin sujeto, entre otros, vid. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, ed. Rousseau, 2ª ed., 1922, pp. 477 y ss., disponible en http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/saleilles_personnes/sal_pers_19_5.htm (consultado, por última vez, el 28 de julio de 2020).

¹¹⁰¹ Cfr. BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione* (a cura di TONDO), G. Giappichelli ed., Torino, 2007, p. 156.

Como expusiera CAPILLA RONCERO, la ubicación del derecho subjetivo en el centro del sistema jurídico y la necesidad de que toda situación de poder esté atribuida a un sujeto portador de voluntad e interés propio (en un principio identificados exclusivamente en el hombre), encontró en los supuestos de derechos subjetivos no atribuidos a nadie (v.gr., herencia yacente) y que dieron lugar al *Zweckvermögen*, un destacable escollo. En la búsqueda de soluciones dirigidas a garantizar la homogeneidad del sistema y su valor general se plantearon dos destacadas alternativas: la que inventa una titularidad interina o transitoria a aquellos supuestos que, en principio, no perdurarán en situación anormal durante largo tiempo; y la que finge la existencia de un nuevo titular por medio de atribuir la condición de persona al conjunto de elementos patrimoniales destinados a un fin permanente (v.gr., fundación), resultando un patrimonio que es titular de sí mismo. Junto a las anteriores, identificamos las situaciones incluidas en los *corpora* y *universitates*, caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos unidos voluntaria o necesariamente en la consecución de un fin permanente y que tampoco tenían encaje en el sistema de derechos subjetivos de titularidad individual. Aparece, de este modo, un nuevo y único sujeto a quien se atribuye esta titularidad: la persona moral o jurídica. De esta suerte, «la concepción moderna de la personalidad jurídica, como cualidad atribuida a ciertos entes mediante la cual son capaces de asumir la titularidad de derechos y obligaciones, se revela como la consecuencia necesaria de un preconcepto de amplio carácter: el respeto del concepto clásico de derecho subjetivo como ámbito del señorío de la voluntad exclusiva del individuo» (en *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit., pp. 39 y ss.).

En este contexto y evolución dogmática e ideológica se fragua el concepto de patrimonio destinado a un fin, que aparece de esta manera ligado a la idea de subjetividad para garantizar la uniformidad del sistema imperante. Siguiendo a ORESTANO: «il patrimonio separato costituisce un

sin sujeto, se acaba empleando como base teórica de un concepto de personalidad jurídica en un inicio inexistente¹¹⁰².

No es de extrañar que, enfatizada por la teoría personalista y en plena maduración de las distintas tesis en torno a la persona jurídica, los patrimonios de destino se erigieran, para algunos autores, en nuevos entes dotados de personalidad jurídica¹¹⁰³.

En Alemania, frente al patrimonio personal (*Personalvermögen*), el patrimonio de destino (*Zweckvermögen*), como conjunto patrimonial que atiende a una particular exigencia, sirvió para justificar la finalidad de la persona jurídica. De igual modo en Italia, donde la disputa mantenida entre FERRARA SR. y BONELLI en torno a la consideración del *patrimonio allo scopo* como persona jurídica o como patrimonio sujeto a un especial régimen jurídico alcanzó notable repercusión doctrinal¹¹⁰⁴.

Actualmente, superado el dogma de la unidad e indivisibilidad del patrimonio propio de la teoría personalista, y la radical separación entre patrimonio y persona, incluida la tendencia a la subjetivación, a la que sirvió de base jurídica la teoría finalista¹¹⁰⁵, es indubitado el valor del destino o fin configurado legalmente como

sottoprodotto culturale dell'intrecciarsi della teoria del diritto soggettivo e della teoria della finzione, una lettura della soggettività nel prisma deformante del diritto soggettivo» (en ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 549).

¹¹⁰² En palabras de BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., p. 157: «la destinazione del patrimonio è l'escamotage concettuale per spiegare un concetto di personalità giuridica a quel tempo assente».

¹¹⁰³ En Italia, manteniendo la existencia de una verdadera persona jurídica (en ocasiones, de carácter provisorio), por todos, BONELLI, «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale (II)», cit., pp. 169 y ss., «Di una nuova teorica della personalità giuridica», cit., pp. 325 a 360, «La teoria della persona giuridica (I)», cit., pp. 445 y ss., y «La teoria della persona giuridica (II)», cit., pp. 593 y ss. En Alemania, reconociendo la existencia de un *Sondermögen* en propiedad del deudor, pero con tratamiento de persona jurídica, por todos, HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, cit., § 44, pp. 295 y ss., y *System des deutschen Civilprozeßrechts*, vol. I, cit., § 69, pp. 152 y ss.

¹¹⁰⁴ Para BONELLI el patrimonio constituye el sustrato de la personalidad jurídica, erigiendo a aquel en el elemento de referencia de las relaciones privadas en sustitución del sujeto. Como él mismo sostuvo: «non bisogna vergognarsi di dire che il diritto e l'obbligazione, insomma il rapporto giuridico privatistico ha per subbietto in ogni caso il patrimonio» (en «La teoria della persona giuridica (II)», cit., pp. 614 y 648). En contra de estas ideas, vid. FERRERA (SR.) para quien «la concezione del Bonelli, è angusta, rivoluzionaria, retrograda: è una cristallizzazione della teoria del Brinz e Demelius spinta al paradosso e sbocciata per anacronismo nel 1910» («La teoria della persona giuridica» (II), *Rivista di Diritto Civile*, vol. III, 1911, p. 680; vid. también, con carácter previo, «La teoria della persona giuridica (I)», *Rivista di Diritto Civile*, vol. II, 1910, pp. 785 y ss.). FERRERA (SR.) mantuvo una idea diametralmente opuesta a BONELLI al entender que el recurso a la persona jurídica para explicar el fenómeno del *patrimonio destinato ad uno scopo* suponía confundir técnicamente lo que solo presentaba una lejana semejanza (sobre la cuestión, igualmente de interés «Patrimoni sotto amministrazione», cit., pp. 317 y ss.).

¹¹⁰⁵ Siguiendo a DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», cit., pp. 592 a 594, en la crítica a las anteriores construcciones, calificadas de idealistas y abstractas, se han

elemento susceptible de dotar a un conjunto o masa patrimonial, perteneciente o no a un titular, de un especial y autónomo régimen jurídico.

El destino como regla que se abstrae de la titularidad para la limitación de la responsabilidad patrimonial universal se erige, de este modo, en fundamento de un régimen jurídico dispar, que no se articula forzosamente mediante la creación de un nuevo sujeto de derecho sino mediante la fragmentación del patrimonio del sujeto titular en orden a hacer efectiva aquella responsabilidad¹¹⁰⁶.

2. EL CONCEPTO DE PATRIMONIO SEPARADO. ELEMENTOS DE REFERENCIA PARA SU DELIMITACIÓN

2.1. El concepto de patrimonio separado

En España y en todos los países de nuestro entorno, actualmente, la idea de patrimonio separado o de destino está consolidada. Doctrinal y legalmente, aunque con distinta nomenclatura, se observa el reconocimiento de conjuntos unitarios de bienes y derechos, centro de imputación jurídica activa y pasiva, independientes de un sujeto de derecho (persona) y sin personalidad.

La evolución y delimitación conceptual de este patrimonio ha arrastrado, sin embargo, no pocos problemas. Han contribuido a esta realidad dos circunstancias. En primer lugar, la atribución de subjetividad que acompaña al concepto durante un espacio

formado y desarrollado las denominadas teorías realistas, calificadas por CASTÁN TOBEÑAS como pluralistas o atomistas. En estas teorías escépticas, el concepto de patrimonio, concretado en la suma de derechos que corresponden a una persona, es reducido a una formulación negativa. Como señalara el aludido autor: «en el patrimonio hay siempre una idea de cohesión y de unidad, pero ésta no debe de ser exagerada. Luego hemos de ver que esas supuestas notas de universalidad y unidad abstracta no es claro que sean atribuibles a todas las especies de patrimonio y deban entrar, por consiguiente, en la definición general del mismo. Por otra parte, tampoco parece esencial a la idea de patrimonio (...), una conceptualización unitaria de su estructura o contenido, que abarque el activo y el pasivo, los derechos y las obligaciones (...). En atención a todo ello, hemos definido el patrimonio en otro sitio como el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de una persona -como centro de su poder jurídico-, o por su afectación a un destino especial y a los que la Ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*), de la que forman parte también las obligaciones del titular» (en *Derecho civil español, común y foral*, cit., p. 649). En realidad, es la síntesis de ambas teorías, personalista y finalista, lo que da paso a una postura ecléctica o teoría unitaria «que, aprovechando ambas enseñanzas, las reduzca a los límites estrictos impuestos por la realidad jurídica» (DE COSSÍO Y CORRAL, «La teoría del patrimonio», *Estudios de Derecho Público y Privado: ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 150 y ss.). Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, «Teoría general del patrimonio», cit., p. 92, actualmente es la construcción mantenida por la mayor parte de la doctrina. Junto a CASTÁN y DE COSSÍO Y CORRAL, son citados, entre otros, LACRUZ BERDEJO, PLANIOL, RIPERT o FERRARA.

¹¹⁰⁶ En este sentido, BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., p. 158.

temporal destacado y que enturbia notablemente su significación¹¹⁰⁷. En segundo lugar, la disparidad de definiciones y criterios manejados por la doctrina clásica, alemana e italiana, para hallar en el patrimonio separado un concepto autónomo, núcleo de atribución de relaciones jurídicas activas y pasivas.

Entre las propuestas ofrecidas por aquella doctrina¹¹⁰⁸, localizamos autores que limitaron el patrimonio separado al núcleo sustraído a la administración de un titular y otorgado a la gestión de un tercero¹¹⁰⁹; otros, en elevado número, emplearon la separación para acotar la garantía de los acreedores y concretar, de este modo, la responsabilidad por deudas¹¹¹⁰; y, finalmente, reconociendo lo anterior, hay quien lo define como núcleo patrimonial objeto de una disciplina jurídica particular reconocida por la Ley¹¹¹¹. En todas estas aproximaciones subyace el reconocimiento doctrinal de

¹¹⁰⁷ Como ya hemos expuesto, el *Zweckvermögen* frente al *Personalvermögen* sirvió, en un inicio, para justificar la existencia de patrimonios sin titular, y, posteriormente, como sustrato patrimonial asociado a la persona jurídica. Esta clasificación, sin embargo, terminó siendo innovada. Por cuanto el patrimonio atiende siempre a una exigencia (todos los patrimonios son, por tanto, *Zweckvermögen*), junto al patrimonio destinado a la satisfacción de un sujeto (*Personalvermögen*), aparece el patrimonio destinado a la orden de varios sujetos (*Gesamtvermögen*) y aquel orientado a satisfacer una particular exigencia del titular (*Sonderzweckvermögen* o *Sondervermögen*). El manejo del concepto de patrimonio separado (*Sondervermögen*) acaba, empero, siendo confuso. En la doctrina no solo se empleó para describir aquella parte del patrimonio de un sujeto que es destinada a cumplir una concreta exigencia -de entre las genéricas- de su titular, sino también para identificar el patrimonio de las personas jurídicas. Sobre la cuestión, cfr. IL PINO, *Il patrimonio separato*, Cedam, Padova, 1950, pp. 9 a 11, para quien el concepto de *Zweckvermögen* propuesto por BRINZ y BEKKER acaba mutando progresivamente hasta adquirir una significación jurídica distinta.

¹¹⁰⁸ Un elenco de estas contribuciones puede verse en DONADIO, *I patrimoni separati*, Casa editrice dott. Luigi Macri, Città di Castello e Macri, 1941, pp. 129 y ss., y, de manera más completa, en IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 11 y ss.

¹¹⁰⁹ En este sentido, HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*, cit., 1903, § 44, p. 295, y § 45, p. 303.

¹¹¹⁰ En este sentido, entre otros, BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, cit., p. 146; FERRARA (SR.), *Trattato di Diritto civile italiano*, cit., pp. 875 y ss.: «il patrimonio separato è quel patrimonio che ha propri debiti, in cui si localizzano le obbligazioni e la responsabilità che da esse nascono, e che non risente gli effetti di obblighi diversi dal soggetto del patrimonio. In mano dello stesso titolare si hanno due sfere diverse»; DONADIO, *I patrimoni separati*, cit., p. 134; y SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, 3ª ed., Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1946, p. 57, para quien el patrimonio separado «ha una funzione propria di garanzia e di responsabilità, in connessione con la sua destinazione, analoga alla funzione generale di garanzia e di responsabilità che ha il patrimonio delle persone». Asimismo, vid. MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 1946, p. 223, que distingue entre autonomía patrimonial perfecta, cuando el patrimonio está reservado y exclusivamente destinado a determinados acreedores que «non può toccare gli altri beni e, per converso, i creditori ordinari non possono toccare i beni riservati», y autonomía patrimonial imperfecta, cuando el núcleo patrimonial es reservado a un específico grupo de acreedores que, subsidiariamente, pueden dirigirse frente a los restantes bienes del titular.

En este grupo puede incluirse, con matices, ENNECCERUS, ya que engloba todos los supuestos de bienes afectados a un fin, especie (aunque no limitado) de la responsabilidad por deudas -en *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (revisada por NIPPERDEY), vol. I, 13ª ed., Marburg, Elwert, 1931, § 125, pp. 401 y ss.-. Para un mayor acopio doctrinal, vid. IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 12, nota al pie 31.

¹¹¹¹ Vid. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, ed. Giuffrè, Milano, 1943, p. 303: «di patrimoni separati si può parlare tutte le volte che la legge considera un determinato nucleo patrimoniale

afectación a un determinado fin de un conjunto de bienes, dotados de autonomía y obligaciones propias, independiente del patrimonio personal¹¹¹².

En España, la verificación y aceptación de los patrimonios separados ha llegado con notable retraso. Más allá de las contadas excepciones que dieron cuenta del reconocimiento foráneo que afloró en el siglo XIX¹¹¹³, no se concebía en nuestro país, con carácter general, la existencia del mismo. El influjo y peso del art. 1911 CC limitaba el reconocimiento de los patrimonios especiales, con consecuente marginalidad en su tratamiento doctrinal y reflejo legal¹¹¹⁴.

Con todo, desde la segunda mitad del siglo XX ya identificamos referencias a la existencia de patrimonios especiales, con autonomía en la consecución de fines propios de la persona¹¹¹⁵. Este reconocimiento ha ido en progresivo aumento. Entre otros, en un momento posterior, DE CASTRO admitía, frente al patrimonio personal, como forma regular de patrimonio, otros patrimonios: separado, de destino o con titular interino, afecto a un fin y colectivo¹¹¹⁶. De manera similar, en un tiempo más reciente, DÍEZ PICAZO y GULLÓN hacen lo propio respecto al patrimonio personal, separado, colectivo

come oggetto di una *disciplina giuridica particolare* (...) la separazione ha luogo per il conseguimento di determinate finalità (...) E poichè le finalità sono varie, non è esatto ritenere che si abbia separazione di patrimoni solo in vista dell'attuazione di una limitazione di responsabilità. La distribuzione o disciplina della responsabilità con riferimento ai patrimoni separati costituisce una conseguenza, anch'essa regolata dalla legge, dell'attuata separazione, e non già il fine unico e necessario che la separazione si propone di conseguire».

¹¹¹² Junto a los descritos, entre otros, VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig, 1910, § 19, pp. 332 y ss. Un amplio elenco bibliográfico puede encontrarse en IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 7, notas al pie 19 y 20, y p. 17, notas al pie 53 y ss.

¹¹¹³ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER en traducción y anotaciones a ENNECCERUS, *Derecho Civil. Parte general* (revisada por NIPPERDEY), tomo I, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1934, pp. 618 y 619: «También en el Código civil se reconocen conjuntos patrimoniales que, en razón a fin determinado, y muy principalmente respecto a la responsabilidad por deudas, vienen sujetos a un régimen distinto que los erige en ciertos aspectos en patrimonios separados»; aunque reconocen que «estas distintas masas patrimoniales reciben un trato muy diverso, hasta el punto de ser dudosa, a nuestro juicio, la utilidad del concepto general de los patrimonios separados».

¹¹¹⁴ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO (coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, p. 611.

¹¹¹⁵ En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, «En torno a la teoría del patrimonio», *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, pp. 25 y 26. Y, con carácter previo, PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho civil español común y foral*, 2ª ed., Barcelona, 1942, pp. 376 a 380 que distingue entre el patrimonio personal, el patrimonio destinado (patrimonio del nasciturus, herencia yacente, patrimonio del ausente, patrimonio del quebrado) y el patrimonio especial o separado (v.gr., el fideicomiso, la herencia aceptada a beneficio de inventario, el patrimonio mercantil del comerciante individual, el patrimonio colectivo y el patrimonio de las personas jurídicas).

¹¹¹⁶ Vid. *Temas de Derecho civil*, cit., 1972, pp. 54 y ss. Por aquel tiempo, en sentido similar, ROBLES GARZÓN, *La quiebra de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 23 y ss. distingue entre patrimonio personal, separado y autónomo, con titular interino, colectivo y hereditario.

y en situación interina¹¹¹⁷; o LACRUZ BERDEJO¹¹¹⁸ entre patrimonio personal y patrimonio autónomo, diferenciando dentro de estos últimos entre patrimonio separado y colectivo¹¹¹⁹.

No ha de extrañar ni este paulatino acogimiento ni el maremágnum terminológico empleado.

Respecto a la primera cuestión, aunque no son escasos los patrimonios separados clásicos (v.gr., dote, patrimonio del concursado, herencia yacente y fideicomisaria)¹¹²⁰, ha de destacarse la aparición de nuevos núcleos patrimoniales con pleno encaje en esta categoría (v.gr., trust, patrimonio fiduciario, fondo de inversión y de pensiones, patrimonio protegido de la persona con capacidad judicialmente modificada)¹¹²¹.

En lo que hace a la segunda idea, conocidos los antecedentes de la figura y su evolución dogmática, es razonable encontrar una notable heterogeneidad terminológica. Ni siquiera en los ordenamientos jurídicos foráneos, donde la técnica muestra una

¹¹¹⁷ Vid. *Sistema de Derecho civil*, 11ª ed., cit., pp. 393 y 394.

¹¹¹⁸ Vid. *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, vol. I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, pp. 61 y ss.

¹¹¹⁹ Otra clasificación de interés es la ofrecida por DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», cit., pp. 606 y ss. que distingue el patrimonio general de la persona, que puede estar sometido a situaciones especiales (dependientes de las limitaciones de la capacidad de obrar o por el estado de casado y el régimen económico matrimonial), y patrimonios separados, dentro de los cuales acoge aquellos separados por estar afectos a un fin y los separados por otras consideraciones. DE PRADA GONZÁLEZ, «Patrimonios adscritos a fines», *Revista jurídica del notariado*, nº 19, 1996, passim, también reconoce la existencia de patrimonios separados, autónomos, de destino o adscritos a un fin, sirviéndose de manera indistinta de estas denominaciones para aludir a una misma realidad.

¹¹²⁰ Un nutrido elenco de estos patrimonios puede verse ya en BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, cit., § 43, pp. 147 y ss.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, cit., § 44, pp. 295 y ss., y § 45, p. 303; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. II, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, § 104 pp. 57 y ss. disponible en <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22143556%22> (consultado, por última vez, 30 de julio de 2020); VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, cit., § 19, p. 331; ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (revisada por NIPPERDEY), vol. I, cit., § 125, p. 401; FERRARA (SR.), *Trattato di Diritto civile italiano*, cit., pp. 875 y ss.; DONADIO, *I patrimoni separati*, cit., pp. 135 y 136; e IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 14 y 15.

¹¹²¹ La realidad social y económica de nuestro tiempo ha impuesto el reconocimiento de este tipo de patrimonio que se granjea como especialmente idóneo para la diversificación de la responsabilidad patrimonial y las formas de inversión y de financiación contemporáneas. Y aunque no son pocas las diferencias que separan los patrimonios separados decimonónicos y modernos, destacadamente en atención a los fines y funciones de los patrimonios de nuevo cuño (v.gr., de ahorro y financiación o altruistas), se observa la concurrencia de características comunes que justifican su coexistencia en una misma categoría.

Siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., pp. 605 y ss., con carácter general, son notas distintivas de ambos grupos, entre otras, el origen accidental de los patrimonios clásicos (v.gr., patrimonio del concursado, herencia yacente) frente al voluntario de los modernos (v.gr., trust, patrimonio protegido del discapacitado), y su estructura y fines, con administración dinámica y eficiente de los nuevos patrimonios frente a una gestión conservativa de los clásicos (v.gr., patrimonio del ausente, herencia yacente).

mayor evolución, hallamos una locución unívoca para identificar este tipo de patrimonios¹¹²².

Los principales problemas en la delimitación unitaria de esta categoría¹¹²³ residen, de un lado, en las premisas conceptuales e ideológicas de las que se parte en su definición, y, de otro, en el indiferente empleo que se hace de los conceptos de autonomía, separación y destino cuando se procura apuntalar aquella en la doctrina, o se acomete su tratamiento y formulación por el legislador¹¹²⁴.

A nuestro juicio, al margen del término que se maneje¹¹²⁵, se quiere hacer alusión a una misma realidad: la existencia de un núcleo patrimonial objeto de una

¹¹²² El ejemplo paradigmático lo encontramos en Italia, donde en un primer tiempo se distinguía entre *patrimonio autonomo*, en alusión al destino específico de una pluralidad de relaciones jurídicas activas y pasivas pertenecientes a varias personas, y *patrimonio separato*, cuando la titularidad correspondía a una sola persona (cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 57). Junto a los anteriores se hallan referencias al *patrimonio allo scopo* (*Zweckvermögen* alemán), *patrimonio speciale* (*Sondervermögen* alemán) y *patrimonio di destinazione*. Actualmente, con la fuerte expansión de la autonomía privada en el ámbito de la constitución de garantías convencionales en el país ítalo, se habla de *patrimonio segregato* (*segregated fund* del derecho inglés) y *patrimonio dedicato ad uno specifico affare*. Sobre los mismos, entre otros, los trabajos publicados en AAVV, *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione* (a cura di TONDO), G. Giappichelli ed., Torino, 2007, passim; EGIZIANO, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, G. Giappichelli ed., Torino, 2009, passim; y CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, Cedam, Milano, 2010, passim.

¹¹²³ Vid., al respecto, ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., pp. 449 y 550.

¹¹²⁴ En España, en un elevado número de casos, esta clase de patrimonios no son identificados expresamente por el legislador. Y, cuando lo son, es manejada una nomenclatura diversa siendo la locución “patrimonio separado” la más recurrente. Así se corrobora, por ejemplo, a la vista de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que reconoce los fondos de titulización como patrimonios separados (art. 15); de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión colectiva, que considera los fondos de inversión «como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores» (art. 3; vid. apartado II EM); de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, ya derogada, que reconocía en su preámbulo que el fondo de pensión es un patrimonio separado, idea extensible al régimen actual, a la vista de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones; del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, art. 3: «los fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones»; de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, por el que se instituye el patrimonio protegido (vid. art. 1.2): «se trata de un patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares» (EM II); y de la LEC que reconoce la capacidad para ser parte de las «masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» (art. 6.1.4º; vid. también art. 7.5 y 30.2).

¹¹²⁵ A juicio de RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 619, el término adecuado es el de patrimonio autónomo. Para el autor, en consonancia con la mayor parte de la doctrina patria, esta expresión se reputa más idónea que la de patrimonio separado pues permite englobar todo lo que no sea patrimonio personal. El adjetivo autónomo es más

disciplina jurídica particular con especialización del régimen de responsabilidad patrimonial¹¹²⁶. En el propósito o destino instituido legalmente queda justificada la autonomía y separación de un conjunto de bienes y relaciones jurídicas que muda su centro de imputación con el propósito de atender una específica función de garantía.

Por lo expuesto, siguiendo a RIVERO HERNÁNDEZ, este patrimonio es aquel que, en función de un fin significativo y protegido por el Derecho, deviene centro de imputación de relaciones y efectos jurídicos, aunque carezca de personalidad y, en ocasiones, de titular determinado, con un régimen específico de responsabilidad frente a terceros, limitado a deudas propias, con exclusión, como regla general, de las del titular, gestor o beneficiario¹¹²⁷.

2.2. El principio de legalidad y rasgos definidores del patrimonio separado

Los patrimonios separados o autónomos son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico con criterio de *numerus clausus*¹¹²⁸. Ello se traduce en que solo en virtud de Ley específica es posible reconocer un patrimonio de tal clase, indisolublemente vinculado a un régimen funcional y de responsabilidad propio.

Por razones de seguridad jurídica y de orden público económico, el régimen jurídico de este tipo de patrimonios queda sustraído a la autonomía de la voluntad y se encuentra regido por normas de carácter imperativo¹¹²⁹. La existencia de intereses que trascienden el ámbito privado justifica que tal categoría se halle presidida por el principio de legalidad con una configuración específica perfilada por la norma¹¹³⁰.

Lo expuesto determina que la afectación de un conjunto de bienes a un fin, con las notas propias de la separación patrimonial, no puede lograrse por exclusiva voluntad

gráfico y explícito (autónomo denota independencia), y más comprensivo, como clase genérica con varios subtipos. El patrimonio separado, como núcleo patrimonial distinto del patrimonio personal del titular con el convive (el titular tiene dos núcleos patrimoniales), es así un subtipo incluido dentro de los patrimonios autónomos. Sobre la cuestión, vid. asimismo RIVERO HERNÁNDEZ, «Teoría general del patrimonio», cit., pp. 129 y ss.

¹¹²⁶ En este sentido, vid. ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 550.

¹¹²⁷ Cfr. en «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 635.

¹¹²⁸ DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», cit., p. 609: «sin que puedan extenderse por analogía a otros supuestos».

¹¹²⁹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 624.

¹¹³⁰ Vid. *Ibidem*, p. 624.

del titular sin apoyo legal. Es la norma la que impone o habilita, según el caso, la constitución del patrimonio separado, con definición del régimen jurídico aplicable¹¹³¹.

Como es lógico, siendo numerosos los supuestos que la figura acoge, es complejo trazar unas líneas descriptivas válidas para todo patrimonio separado. Con carácter general, sin adentrarnos en las especificidades que presentan algunos casos, constituyen elementos de referencia de los patrimonios autónomos o separados, junto al principio de legalidad, el fin o función específicos (destino), la aptitud para la imputación de relaciones jurídicas, la especialización del régimen de responsabilidad patrimonial, los límites al poder del titular, la instauración de un sistema de gestión independiente o sometida a criterios específicos, y la oponibilidad del destino legal frente a terceros¹¹³².

3. EL PATRIMONIO CONCURSAL COMO NÚCLEO PATRIMONIAL SEPARADO

3.1. Caracterización general

El patrimonio concursal constituye un patrimonio separado¹¹³³. No cabe duda de que goza de todas sus notas características: es un núcleo patrimonial sometido a

¹¹³¹ En palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 625: «otra cosa es los posibles límites o excepciones a ese principio de legalidad, es decir, el margen o rigor de la imperatividad de las normas y hasta dónde llega la exigencia del orden público económico. Más, en este punto, hay que atenerse en cada caso al respectivo ordenamiento jurídico e interpretación de las normas pertinentes».

¹¹³² En la doctrina española, *vid.* DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *cit.*, p. 609, que destaca como caracteres generales de los patrimonios separados y autónomos: sistema de *numerus clausus*, creados por el ordenamiento jurídico y no extensible por analogía a otros supuestos; objeto de tráfico son los bienes singulares (y no el patrimonio) teniendo en cuenta las correspondientes titularidades; subrogación real; separación del patrimonio autónomo respecto al patrimonio general de su titular con posibilidad de mantener, en su caso, relaciones patrimoniales entre las diversas masas; régimen legal específico del sistema de administración y disposición del patrimonio autónomo y de su responsabilidad; y separación patrimonial no siempre absoluta. De manera similar, GARCÍA GARCÍA, «Teoría general del patrimonio», *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Parte General, Civitas, Madrid, 2003, pp. 606 y 607, enumera entre los caracteres comunes de los patrimonios autónomos: legalidad o *numerus clausus*, identidad y subrogación real, separación jurídica respecto al patrimonio personal, propia responsabilidad por deudas y administración y gestión especial. Finalmente, RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», *cit.*, pp. 622 y ss. distingue: fin o función específicos, especial régimen de responsabilidad, delimitación del activo y del pasivo y publicidad del patrimonio autónomo, gestión autónoma e imputación de relaciones jurídicas independiente. Con todo reconoce que los elementos más relevantes son el fin, la aptitud o idoneidad jurídica para la imputación de relaciones jurídicas con entidad propia y el particular régimen de responsabilidad (p. 634).

¹¹³³ Lo reconocen en el régimen vigente, entre otros, TIRADO, «Comentario al artículo 76», *cit.*, p. 1360; y, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», *cit.*, p. 184. En el régimen de quiebra, BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, *cit.*, pp. 89 y ss.

criterios especiales de gestión y destinado a una específica función, con localización de obligaciones y responsabilidad concreta.

Sin embargo, la separación patrimonial, exteriorizada desde el punto de vista subjetivo por medio del desapoderamiento, opera con distinta intensidad según el régimen de administración y disposición patrimonial decretado. Junto a la distintiva característica de “insensibilidad” de la masa concursal a la actividad de su titular y a las obligaciones por él contraídas durante el concurso¹¹³⁴ en el régimen de suspensión, se dispone una separación suavizada, sometida al control de los órganos del concurso, con eficacia de la actividad del titular sobre el patrimonio concursal en el régimen de intervención.

Aun con desigual intensidad, declarado el concurso, por expresa disposición legal y en aras a procurar la realización de un interés determinado, el patrimonio del concursado se escinde en dos núcleos patrimoniales con una vida jurídica independiente: el patrimonio concursal, conjunto de bienes y derechos sobre el que opera la afección patrimonial en orden a satisfacer la responsabilidad contraída; y el patrimonio personal, integrado por los restantes activos no afectados por la declaración de concurso¹¹³⁵.

Conviene subrayar que el patrimonio concursal figura en todas las clasificaciones consultadas de patrimonio separado formuladas por la doctrina clásica, al margen de la heterogénea concepción que se tenía sobre la figura. Entre otros, vid. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, cit., § 43, pp. 147 y ss.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, cit., § 44, pp. 295 y ss., y § 45, p. 303; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. II, cit., § 104 pp. 57 y ss.; VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, cit., § 19, p. 331; ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (revisada por NIPPERDEY), vol. I, cit., § 125, p. 401; FERRARA (SR.), *Trattato di Diritto civile italiano*, cit., pp. 877 y ss.; DONADIO, *I patrimoni separati*, cit., p. 135; e IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 14; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 63 y ss.; y FERRARA (JR.), *Il fallimento*, cit., pp. 302 y ss. En contra, AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo I, cit., pp. 377 y 378, que mantiene que el patrimonio del deudor conserva carácter unitario y no se fracciona en dos partes con asignación de una diversa cualificación jurídica: «Infatti, escluso che il frazionamento si verifici rispetto alla parte del patrimonio non assoggettabile ad esecuzione forzata (poichè tale situazione sussiste per ogni patrimonio in caso di esecuzione forzata ordinaria e non è quindi propria del fallimento), l'intero patrimonio espropriabile del debitore è compreso nel fallimento, senza eccezione neppure per i beni sopravvenienti, cosicchè sarebbe del tutto ingiustificato –e comunque artificio sterile- parlare di separazione».

¹¹³⁴ En este sentido, en el régimen italiano, vid. DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 63 y 64.

¹¹³⁵ Sobre los bienes y derechos que integran la masa activa concursal y el patrimonio personal, vid. Capítulo II.

3.2. Elementos definidores de la separación patrimonial en el proceso concursal

3.2.1. La función o destino de la masa activa: la satisfacción del interés del concurso

Con carácter general, el destino, entendido como la idoneidad de los bienes para satisfacer una o más funciones o necesidades¹¹³⁶, constituye el fundamento que justifica el régimen jurídico de la separación patrimonial¹¹³⁷. El destino determina la aplicación de una disciplina peculiar para la tutela de una función objetiva que los bienes asumen¹¹³⁸. Y así acontece en el proceso concursal.

La masa activa se erige en un patrimonio separado, titularidad del deudor, contemplado legalmente (arts. 192 y ss. TRLC) para el cumplimiento de la finalidad específica del interés del concurso. Esta satisfacción aparece como el objetivo lícito asociado al núcleo patrimonial separado.

La singularidad de la función impuesta por Ley a la masa activa entraña la sujeción al régimen jurídico especial que la norma concursal propugna, con modificación de su situación jurídica objetiva y cese del régimen general.

En aras a conseguir el propósito legalmente determinado, el patrimonio concursal se instituye, desde su constitución, en centro de imputación de relaciones jurídicas activas y pasivas, con acotación de la responsabilidad específica que le alcanza y delimitación de los bienes y derechos que lo componen. La función objetiva atribuida a la masa activa, exteriorizada por medio del interés del concurso, dota de coherencia y unidad a este conjunto de bienes con específicas reglas¹¹³⁹ que afectan a su gestión y al ámbito y extensión de la responsabilidad¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ Vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 4.

¹¹³⁷ Vid. BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., p. 160.

¹¹³⁸ Cfr. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 16.

¹¹³⁹ No debe obviarse, en consecuencia, la importancia del destino como criterio hermenéutico y de aplicación finalista de su régimen jurídico. En este sentido, vid., RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 626, e IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 95.

¹¹⁴⁰ En terminología de IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 22 y ss., el régimen jurídico que permite al intérprete individualizar concretos casos de patrimonio separado debe ser constituido por normas que deroguen la libre utilización del patrimonio y la garantía ilimitada de los acreedores, esto es, que el deudor no pueda utilizar con libertad su patrimonio y que los acreedores no puedan dirigirse frente a los bienes del deudor al margen de la finalidad que persigan. A juicio del referido autor han de concurrir

Lógicamente, esta función se extingue con la realización del objetivo que justifica su existencia; también con la concurrencia de otras causas especificadas por el TRLC (vid. art. 465). Es así que dictado auto o sentencia de conclusión del concurso decae el régimen jurídico de la separación patrimonial, con aplicación, en caso de existir remanente, de las reglas generales ordinarias.

3.2.2. La aptitud funcional del patrimonio concursal para la imputación de relaciones jurídicas

La consideración de la masa activa como núcleo patrimonial separado no acarrea la conversión de este patrimonio en sujeto de responsabilidades ni de relaciones jurídicas. El patrimonio concursal no es deudor de los acreedores de la masa¹¹⁴¹, sino centro de imputación patrimonial independiente, con plena eficacia frente a terceros de lo actuado por el gestor, en aras a satisfacer el destino legalmente encomendado.

Es decir, desde la declaración de concurso y hasta su conclusión, los nuevos derechos y obligaciones contraídos por la administración concursal, en suspensión, o por el deudor con la aquiescencia de la administración, en intervención, ingresan en la masa concursal con absoluta independencia de responsabilidades respecto al patrimonio personal del concursado. La actividad desplegada por el gestor en el ámbito competencial atribuido se imputa al referido patrimonio, con el que se entienden entabladas las relaciones jurídicas de los actos y negocios jurídicos realizados por aquel.

Nos encontramos pues con un núcleo patrimonial que, resultado de la separación y sin atribución de personalidad jurídica propia en el ámbito sustantivo¹¹⁴², opera con

ambas circunstancias y con igual intensidad para poder hablar, en sentido técnico jurídico, de patrimonio separado.

¹¹⁴¹ Respecto al régimen de quiebra, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 89 y 90.

¹¹⁴² Esta técnica de separación no constituye el único instrumento para dotar a un núcleo patrimonial de la referida independencia en la imputación jurídica. La separación puede articularse y materializarse de dos modos. De un lado, mediante la clásica creación de un nuevo sujeto de derecho y consecuente atribución de personalidad jurídica; es el denominado destino personificado (v.gr., fundaciones o sociedades de capital). De otro, a través de la fragmentación de una parte del patrimonio perteneciente a un mismo titular; es el destino no personificado al que responde la moderna concepción del patrimonio en el que se integra el patrimonio concursal. Sobre la relación entre destino y personalidad jurídica y su evolución hasta la actual autonomía, vid. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996, p. 10, y en «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., pp. 158 y 159. De interés, con alusión a un eventual reconocimiento de personalidad jurídica atenuada, IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 86 y ss.

Desde el punto de vista funcional, no existen diferencias entre ambas fórmulas de separación. El patrimonio separado no dotado de personalidad opera como un ente jurídico con plena aptitud para la imputación de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones. El destino justifica tanto la entidad intrínseca

plena autonomía en el tráfico jurídico¹¹⁴³. La masa concursal se vincula por medio de las relaciones jurídicas dispuestas por su gestor en los términos descritos, con específica imputación de lo actuado en aquella masa.

3.2.3. La especialización de la responsabilidad patrimonial universal

La separación constituye una técnica de especialización de la responsabilidad patrimonial universal de los bienes objeto del destino¹¹⁴⁴. Se sustrae el patrimonio como garantía genérica de todos los acreedores y se concreta la posibilidad de satisfacción de

como el funcionamiento y la independencia de estos patrimonios para operar en el tráfico jurídico, con vinculación respecto a otros patrimonios por medio de las relaciones jurídicas dispuestas por su gestor y específica proyección desde el punto de vista de la garantía o responsabilidad patrimonial contraída. Como ha señalado RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 632, en la situación legal actual, patrimonio autónomo y personalidad se mueven en distintos planos. A diferencia de lo que ocurre con el patrimonio personal, su coincidencia, cuando ocurra, es accidental, pues no se necesitan recíprocamente: «hay otros mecanismos jurídico-formales que permiten a aquel patrimonio moverse y actuar en el tráfico jurídico sin necesidad del de la personalidad propia» (p. 633).

Lo expuesto se constata a la vista del reconocimiento legal de distintos patrimonios sin personalidad jurídica a los que se dota de la posibilidad de operar en el campo sustantivo y procesal dotando al gestor de poderes de gestión y disposición. Entre otros, así se observa en los fondos de inversión, donde la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión colectiva, los califica «como patrimonios separados, sin personalidad jurídica, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, con el concurso de un depositario» (apartado II EM); en los fondos de pensiones, que el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba su Reglamento, reconoce «carecerán de personalidad jurídica y serán administrados necesariamente por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria que cumplan las condiciones establecidas en este reglamento» (art. 3.2); en los fondos de titulización, que la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, establece que no están dotados de personalidad jurídica (art. 15.1) y son administrados por una sociedad gestora; en el patrimonio especialmente protegido de las personas con capacidad judicialmente modificada: «los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico» (apartado II EM de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre); y en otros tantos patrimonios sin personalidad como son la herencia yacente, la herencia fideicomisaria, la fundación en vía de constitución o la sociedad irregular. En sede procesal, como parcialmente expusimos, son los incisos 4º («las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración») y 5º («las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte») del art. 6.1 LEC los que reconocen tal aptitud con atribución de la reproducida capacidad.

En su relación con la personalidad, debemos añadir, en palabras de RIVERO: «la personalidad jurídica es algo institucionalmente extrínseco y accidental al patrimonio autónomo, porque ontológicamente no corresponde a su naturaleza esencial, ni la necesita para el tráfico jurídico. Es más: en puridad, y con carácter general, no debe tenerla (...) porque cuando hay persona o personalidad jurídica propia el patrimonio pasa a ser, también como regla general, *personal* de esa persona, física o jurídica, no el patrimonio autónomo» (ibidem, pp. 633 y 634).

¹¹⁴³ Algunos autores se han planteado, incluso, si ambos patrimonios pueden entablar relaciones jurídicas entre sí. En sentido afirmativo se pronunciaba, respecto al régimen de quiebra, BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 89. En Italia, parece pronunciarse en contra, IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 88 y 89.

¹¹⁴⁴ Vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 284.

un número limitado de ellos que, por esta razón, pueden denominarse cualificados¹¹⁴⁵. Esto es, la separación se erige en instrumento que permite sustraer la masa activa como garantía de todos los acreedores durante la vigencia del concurso, con restricción a un grupo de ellos¹¹⁴⁶.

La separación descrita no implica una mera limitación patrimonial, sino más rectamente una acotación de la responsabilidad patrimonial: los bienes y derechos que integran la masa activa responden exclusivamente de las obligaciones y deudas ligadas a este (es decir, aquellas legalmente determinadas) y no de obligaciones diversas. Estas obligaciones son aquellas anteriores a la declaración, generadas por el propio deudor (acreedores de la masa), y las contraídas, tras la declaración del concurso, por el gestor en el ámbito competencial atribuido (acreedores contra la masa).

Desde el plano de la responsabilidad, la separación patrimonial conduce a un régimen autónomo entre las dos masas patrimoniales pertenecientes al mismo sujeto¹¹⁴⁷. Es decir, el patrimonio concursal es configurado como un patrimonio separado cerrado. Ni el deudor responde de las deudas de este núcleo patrimonial con los bienes de su patrimonio personal, ni la masa activa sirve para enjugar las eventuales deudas contraídas por el deudor (al menos sin el beneplácito, expreso o tácito, del administrador) tras la declaración de concurso¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁵ Como destaca ZOPPINI, en términos funcionales, o desde el punto de vista de la articulación del *Schuld* y de la *Haftung*, esto lleva consigo la creación de distintas clases de acreedores en relación a un mismo sujeto (en «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., p. 550).

¹¹⁴⁶ El vínculo de destino opera, de este modo, como una garantía para los acreedores del concurso, oponible frente al resto. En palabras de BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., pp. 173 y 174: «la separazione, intesa, non solo come rilevanza esterna del vincolo di destinazione, ma come regola di opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi creditori, esprime la prevalenza dell'atto di destinazione sul titolo vantato da altri creditori, risolvendo il conflitto tra creditori generali e creditori della destinazione. (...) Da qui si intende come il fondamento della opponibilità risieda nella individuazione di un valore del sistema che sia idoneo a giustificare la prevalenza del titolo».

¹¹⁴⁷ Como señalara OPPO: «autonomia e separazione significano non solo e non tanto destinazione, in qualche modo giuridicamente rilevante, di un complesso di beni e rapporti ad un certo impiego, ma significano distinta *imputazione* dei rapporti giuridici e *vincolo* del patrimonio ad una specifica funzione di *garanzia*, cioè alla sola garanzia delle obbligazioni nate dalla sua gestione in quell'impiego» (en «Sulla "autonomia" delle sezioni di credito speciale», *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, I, pp. 1 y ss., y en *Banca e titoli di credito. Scritti giuridici*, vol. IV, Padova, 1992, pp. 26 y ss., citado por ZOPPINI, «Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», cit., pp. 550 y 551, nota al pie 21).

¹¹⁴⁸ Para el régimen italiano anterior a la *Legge fallimentare* de 1942, vid. DONADIO, *I patrimoni separati*, cit., p. 135; y, posterior a tal *Legge fallimentare*, entre otros, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 66, y, FERRARA (JR.), *Il fallimento*, cit., pp. 302 y 303.

Con carácter general, sin embargo, no siempre hay una absoluta insensibilidad o incomunicación de las deudas entre el patrimonio separado y el patrimonio del titular (v.gr., en el patrimonio

Lo expuesto permite afirmar, en consecuencia, que la separación patrimonial que preconiza el concurso no solo contiene la sujeción de la masa separada a una particular función o exigencia específica del titular por encima de sus restantes necesidades, sino la autonomía plena entre las dos masas patrimoniales que a aquel pertenecen¹¹⁴⁹.

3.2.4. Los límites al poder del titular de los bienes que integran la masa activa

Con carácter general, la predeterminación legal de la función económica de un patrimonio separado incide sobre las reglas de ejercicio del derecho de propiedad, limitando externamente el derecho mismo¹¹⁵⁰. Los límites al poder del titular dominical se configuran en atención a esta función del patrimonio, con adaptación al nuevo régimen de utilización que impone la norma.

especialmente protegido de la persona con capacidad judicialmente modificada dada la falta de previsión de un régimen que singularice su responsabilidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). Desde luego, así debería ser sin excepción atendiendo al carácter imperativo del art. 1911 CC. Sin embargo, como es sabido, este precepto no es absoluto: cuenta con un destacado número de excepciones legalmente detalladas que limitan su rigor (v.gr., arts. 605 y ss. LEC, 178 bis LC, 140 LH y 1807 y 1920 CC). Y tal singularidad se proyecta también sobre el patrimonio separado o autónomo que, a través de su régimen jurídico, determina el alcance de la limitación de la garantía; esto es, la insensibilidad o autonomía de las deudas entre los núcleos patrimoniales, que puede ser perfecta o cerrada, cuando concurre una total independencia de las deudas, o, imperfecta o abierta, cuando la responsabilidad de un patrimonio puede hacerse efectiva en el otro.

En la doctrina clásica italiana, generalmente, se emplea el adjetivo abierto/cerrado del patrimonio separado en alusión al régimen de comunicación e incomunicación de las deudas entre patrimonios (entre otros, DONADIO, *I patrimoni separati*, cit., pp. 135 a 137; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 66); también pueden encontrarse referencias a una separación bilateral/unilateral, plena/relativa o perfecta/imperfecta (vid. PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 10). En la doctrina española, RIVERO HERNÁNDEZ maneja el adjetivo perfecto/imperfecto para describir esta circunstancia (en «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 639).

¹¹⁴⁹ Y no siempre ocurre así. En otros patrimonios separados, la separación no va indisolublemente ligada a una limitación absoluta de la garantía. Es decir, la limitación aneja a la separación lleva consigo, sin excepción, la existencia de un privilegio de algunos acreedores respecto de otros, pero no conduce indefectiblemente a reconocer que una categoría de acreedores pueda satisfacerse de una masa patrimonial con exclusión de los demás.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, la separación no se traduce, pues, en insensibilidad entre masas patrimoniales, sino en sujeción de un núcleo patrimonial a una particular función o exigencia específica por encima de las restantes de su titular. Como ha señalado RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 639, en materia de responsabilidad frente a terceros es difícil hacer afirmaciones generales válidas para todo tipo de patrimonio autónomo, dada su variedad y el dispar régimen jurídico que les es reconocido. Esto se constata observando algunos de los admitidos patrimonios autónomos, v.gr., herencia beneficiaria, el patrimonio ganancial y el *trust* del *Common law* o de los Principios Europeos de Derecho de *Trusts*. Al respecto, negando los supuestos de absoluta insensibilidad recíproca entre masas, hoy por todos reconocido, IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 18 a 21.

¹¹⁵⁰ Vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 258: «un fattore esterno che non modifica intrinsecamente la proprietà». De interés, vid. Capítulo IV, epígrafe «Las limitaciones a las facultades de administración y disposición patrimonial como prohibiciones legales de administrar y disponer».

De este modo ocurre en escenarios de insolvencia tras la declaración de concurso. En concreto, la sujeción del patrimonio concursal a la aludida función, con aplicación de un específico régimen jurídico, determina un relevo en el interés que ha de regir en la gestión de este patrimonio y en las relaciones jurídicas que afectan a sus bienes y derechos. Este nuevo interés jurídico que se proyecta sobre la masa activa es el que, hasta la conclusión del concurso, el ordenamiento jurídico considera de prioritaria tutela.

Esta nueva exigencia del patrimonio concursal opera una restricción de la autonomía de la voluntad del deudor concursado. La ordinaria función de aprovechamiento material que cumplen las facultades de administración y disposición patrimonial respecto al titular del derecho de propiedad muta, por imperativo legal, en orden a cumplir una función distinta que, reflejo del destino¹¹⁵¹, preocupa al legislador y es favorecida por este. El nuevo interés jurídico que se imprime sobre el patrimonio separado sustituye, así, el particular interés del titular que el patrimonio acostumbra a satisfacer.

La observancia del mentado interés jurídico se erige, en teoría, en presupuesto de la eficacia de los actos del deudor sobre el patrimonio concursal. En este sentido, como veremos seguidamente, el destino de la masa activa instaura un específico régimen de gestión de sus bienes con definición, en atención al régimen decretado, del ámbito y límites de actuación del deudor¹¹⁵². Un acto de administración o disposición fuera del margen de actividad legalmente atribuido comporta un defecto en la realización del acto, susceptible de impugnación (o convalidación) por parte del órgano

¹¹⁵¹ Al respecto, vid. IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., pp. 53 y ss. Según este autor, con carácter general, cuando la ley (o el sujeto) disponen que el patrimonio ha de cumplir un interés antes que el resto, se produce una variación cuantitativa y cualitativa: cuantitativa porque la masa debe cumplir un interés antes que el resto entre los posibles que puede satisfacer; cualitativa porque la masa resulta idónea para ser utilizada en aras a lograr aquel interés y no otros, al menos, hasta que el primero haya sido satisfecho (cfr. p. 54; vid. también p. 21).

¹¹⁵² Con carácter general, respecto al titular, el vínculo de destino se puede manifestar de dos modos: como un no poder puro y simple o como un poder sometido a ciertas condiciones o ejercitado de un cierto modo. El vínculo determina, así, la sujeción a un especial régimen jurídico, de distinta intensidad según el destino perseguido, cuyo incumplimiento puede provocar la ineficacia del acto. Para una aproximación de teoría general, vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., pp. 53, 54 y 138.

de administración (arts. 109 y 321, 405.2 y 558.2 TRLC), deviniendo, por ende, relativamente ineficaces¹¹⁵³.

En este régimen de indisponibilidad¹¹⁵⁴, vinculado al destino, se concreta la función de tutela de la masa, evitando que el *dominus* pueda comprometer, con su actividad, la realización del interés considerado preeminente¹¹⁵⁵.

Se habla entonces, con carácter general, de propiedad atípica, *proprietà smembrata* o incluso se distingue entre propiedad formal y propiedad sustancial¹¹⁵⁶. En el ámbito del concurso algún autor ha empleado incluso el término “propietario quiescente o reservado” (deudor), en contraposición a la idea de un “propietario virtual o fiduciario” (acreedores) y una “*proprietà gestoria*” (órganos del concurso)¹¹⁵⁷. Se emplea esta formulación para evidenciar cómo el destino influye sobre el dominio del bien, creando una forma de pertenencia instrumental y funcional para la realización del objetivo¹¹⁵⁸.

¹¹⁵³ *Ibidem*, p. 265. En todo caso, la indisponibilidad ligada al destino no opera sobre la validez del acto o negocio jurídico sino sobre el plano de su eficacia/ineficacia.

¹¹⁵⁴ Este régimen de indisponibilidad e insensibilidad de la masa concursal respecto a los actos realizados por el titular ha procurado ser explicado con distintas fórmulas por la doctrina concursal. Sobre las mismas, vid. *supra* Capítulo V.

¹¹⁵⁵ Se renuncia a la expropiación como única fórmula para garantizar que determinados derechos subjetivos se dirijan a un destino: basta la función económica y social impuesta legalmente para garantizar idéntico resultado en la consecución de aquel. En este sentido, IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., p. 110, que apoya su explicación sobre el elemento formal del derecho subjetivo: la «*destinazione modifica l'elemento formale del diritto soggettivo, rendendo quest'ultimo giuridicamente diverso da altro diritto soggettivo del medesimo tipo che non sia stato destinato alla medesima finalità*» (p. 103).

¹¹⁵⁶ Vid. BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., p. 159.

¹¹⁵⁷ El impacto de esta función en el derecho de propiedad del concursado ha sido explicado, de este modo, aludiendo a la existencia de una triple titularidad. Se quiere evidenciar con ello cómo el vínculo de destino comprime el derecho de propiedad, con reconocimiento de otras “titularidades” en atención a la posición jurídica de cada sujeto respecto al destino. En este sentido, CERRI, *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, cit., pp. 16 y ss., 38 y 43 y ss.; asimismo nota al pie 734 de esta memoria.

¹¹⁵⁸ Vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 244: «il vincolo di destinazione, in quanto opponibile, comprime e conformi la proprietà, la quale sarebbe funzionalizzata alla realizzazione dello scopo». Sobre la posición jurídica del beneficiario, descartando que ostente derecho real alguno sobre el patrimonio separado, vid. pp. 234 y ss.

3.2.5. Gestión independiente o sometida a criterios específicos determinados en el TRLC

El destino al que se orienta el proceso concursal desencadena una mutación de las condiciones jurídicas de utilización de los bienes y derechos que integran la masa activa, individualizando la función que estos han de cumplir¹¹⁵⁹.

Junto al establecimiento de límites al derecho de propiedad, acompaña a la nueva función económica del patrimonio la instauración de un sistema de gestión antes inexistente, orientado a asegurar la consecución de aquel fin o destino. Se trata del desenlace asociado al destino jurídicamente relevante instituido en la norma concursal: los bienes quedan sujetos a un distinto régimen jurídico, con impacto en su circulación y libre disposición (es decir, con repercusión en las condiciones, límites y vínculo de utilización del bien), pero sin trascendencia en el régimen de pertenencia de los mismos¹¹⁶⁰.

a) La gestión del patrimonio concursal diseñada en el TRLC

El TRLC prevé un doble sistema de gestión patrimonial que garantiza, con idéntica intensidad, la realización del interés del concurso.

En uno y otro sistema, el sujeto encargado de la gestión es dotado de un poder y ámbito de actuación que, delimitado legalmente, deviene en presupuesto de la eficacia de sus actos. La utilidad y repercusión jurídica de la actividad desplegada por el gestor en el patrimonio concursal se halla, en consecuencia, sometida a ciertos límites dispuestos en el TRLC.

La sujeción a tales parámetros circunscribe las posibilidades de actuación del gestor. Ni administración concursal ni deudor concursado pueden ejercitar las facultades de administración y disposición con el grado de libertad que acompaña generalmente al principio de autonomía de la voluntad.

¹¹⁵⁹ En teoría general, vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 34. En nomenclatura de IL PINO, *Il patrimonio separato*, cit., entre otras, pp. 21, 31 y ss., 54, 92 y ss. y 103, se produce una modificación de la fisonomía (o variación cualitativa) de la masa patrimonial separada.

¹¹⁶⁰ En general, respecto a los patrimonios de destino, vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., pp. 30 a 33 y 40.

Ello es coherente con un sistema que somete los bienes y derechos que integran el patrimonio separado a un específico régimen de gobierno, con imputación de deudas propias que han de ser atendidas según reglas especiales. Es decir, lo expuesto se ha de conjugar con el respeto al denominado principio de conmutatividad: todo desplazamiento patrimonial ha de responder a una causa objetiva. Lo contrario, con falta de actuación del destino o de los criterios de gestión estipulados, puede engendrar un incumplimiento generador de responsabilidad¹¹⁶¹.

Respecto al patrimonio concursal, el ejercicio de tales facultades por el gestor se halla sometido a distintos y específicos mandatos. Como sabemos, se configura legalmente un régimen concreto de disposición *inter vivos* (arts. 205 y ss. TRLC), de administración y continuación de la actividad profesional o empresarial (arts. 111 y ss. TRLC), de deudas propias que hay que atender con preferencia según reglas singulares (arts. 244 y ss. y 429 TRLC), y, en general, de ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa de tal forma que se atienda «a la conservación de los elementos que la integren del modo más conveniente para el interés del concurso» (art. 204 TRLC).

Desde un punto de vista finalista, el doble régimen de administración y disposición patrimonial diseñado engarza plenamente con los criterios de gestión expuestos. La encomienda de gobernar el patrimonio de un determinado modo o atendiendo a ciertos criterios constituye una garantía del fin o función impuesto a la masa activa¹¹⁶².

Al declarar el concurso, como regla general, se prevé una doble presunción. De un lado, en los supuestos de concurso voluntario, se concibe que, al instar el deudor tal declaración en cumplimiento del deber que preconiza el art. 5 TRLC, su voluntad, al menos con carácter inicial, es la de proceder de acuerdo con los parámetros de gestión patrimonial que estipula el TRLC. Generalmente, por ello, se decreta el régimen de

¹¹⁶¹ Con carácter general, como ha señalado RIVERO, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., p. 637, la función de responsabilidad o garantía del patrimonio autónomo frente a terceros, ya sea por las deudas contraídas ya por su general actividad, no puede resultar perjudicada por actos irregulares o ilícitos del gestor. La solvencia del núcleo patrimonial separado ha de quedar salvaguardada por medio de remedios que preserven su integridad y garanticen su contenido ante eventuales mermas provocadas por una inadecuada gestión.

¹¹⁶² En este sentido, asimismo, CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 260, y RIVERO HERNÁNDEZ, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», cit., pp. 630.

intervención (art. 106.1 TRLC) en la idea de que la actividad del concursado será coincidente con la que requiere el TRLC.

En el lado opuesto, si el concurso es necesario, y, por tanto, su declaración ha sido instada por los restantes sujetos legitimados [arts. 3 y 695 a) TRLC], cristaliza la concepción de que el deudor no actuará de manera diligente conforme a los criterios descritos. En tales hipótesis, en principio, el juez acuerda la suspensión (art. 106.2 TRLC), considerando necesaria la actuación de otros sujetos que, en sustitución del concursado, garanticen el cumplimiento de aquellos parámetros.

El legislador, sin embargo, instaura un sistema legal flexible: el órgano jurisdiccional puede adaptar el régimen aplicable a las necesidades de cada escenario (art. 106.3 TRLC). De este modo, pueden concurrir circunstancias que justifiquen que, pese a que el deudor, por ejemplo, contravino el deber de solicitar la declaración (art. 5 TRLC)¹¹⁶³, interese mantenerlo en la gestión y probar su celo en la aplicación de aquellos criterios, fundamentalmente por las particularidades del mercado en el que opera¹¹⁶⁴. Y, de igual forma, puede ocurrir que, aun cuando proceda ordenar el régimen de intervención, el juez aprecie razones para no confiar en la diligencia del deudor¹¹⁶⁵.

En definitiva, el ordenamiento jurídico habilita al órgano jurisdiccional a valorar el modo en que la atribución de las facultades de administración y disposición puede

¹¹⁶³ No toda declaración de concurso necesario implica infracción de aquel deber por parte del deudor. En efecto, aunque es cierto que el art. 5.1 TRLC establece la obligación de este de solicitar la declaración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, es probable que en ese intervalo cualquiera de los restantes legitimados (art. 3 TRLC) insten la declaración de concurso (art. 13 TRLC). De concurrir la situación de insolvencia y siguiendo la regla general del art. 106.2 TRLC, se calificará el concurso como necesario sin que podamos afirmar, en cambio, que el deudor incumplió su deber.

¹¹⁶⁴ Entre otros muchos, puede consultarse el AJM nº 5 de Madrid nº recurso 411/2006, de 11 de enero de 2007 (Roj: AJM M 1/2007), relativo al concurso Air Madrid, que por la especial complejidad del negocio aéreo declara el régimen de intervención pese a tratarse de un concurso necesario (vid. FJ 6º); el AJM nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria nº recurso 6/2004, de 5 de noviembre de 2004 (Roj: AJM GC 24/2004), que justifica el régimen de intervención fundamentalmente atendiendo a las especialidades y peculiaridades del fútbol como deporte altamente profesionalizado (vid. FJ 4º); el AJM nº 1 de Alicante nº recurso 525/2009, de 5 de mayo de 2009 (Roj: AJM A 59/2009), en relación a una asociación deportiva inmersa, además, en un proceso de transformación en Sociedad Anónima Deportiva (vid. FJ 5º); el auto Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Albacete de 14 de abril de 2010 (JUR 2011/244654, en su FJ 6º); y el AJM nº 1 de Cádiz nº recurso 592/2010, de 19 de julio de 2010 (Roj: AJM CA 31/2010), en relación al concurso del Cádiz Club de Fútbol S.A.D. (vid. FJ 7º).

¹¹⁶⁵ Entre otros, v.gr., el AJM nº 5 de Madrid nº recurso 307/2005, de 10 de octubre de 2005 (Roj: AJM M 52/2005) en el que el deudor, aun habiendo solicitado el concurso, había iniciado la liquidación, enajenando los bienes y satisfaciendo las deudas a su criterio (vid. FJ 5º).

satisfacer mejor el cumplimiento de los criterios de gestión¹¹⁶⁶, y, por ende, el destino legalmente encomendado al patrimonio¹¹⁶⁷. Para articular este cambio de régimen, con dispensa de la regla general, el juez solo ha de motivar su decisión, «señalando los

¹¹⁶⁶ La implantación del régimen de suspensión ofrece algunas ventajas. En primer lugar, garantiza la salvaguarda del patrimonio concursal ante eventuales liquidaciones fraudulentas del deudor; en segundo término, permite enderezar la situación patrimonial en aquellos supuestos en los que la causa de la insolvencia fuera la ineptitud del deudor en su gestión; y, en tercer lugar, posibilita conocer, de primera mano, la información necesaria para adoptar las decisiones más oportunas. Entre los inconvenientes: tiempos de adaptación, mayores costes por la retribución de la administración concursal y posibles recelos de operadores jurídicos que interactúan de ordinario con la empresa y desconfían de una gestión encauzada por la administración concursal.

Ordenar el régimen de intervención, asimismo, puede reportar indudables utilidades. El conocimiento del deudor sobre su situación y entorno, en contraposición a aquellos que operarían en su sustitución, coadyuva, en un análisis *prima facie*, a una gestión más dinámica y, probablemente, más eficaz en términos crematísticos: de un lado, las decisiones podrán tener en cuenta, entre otras, la experiencia acumulada y los conocimientos del sector, con el fin de lograr la mejor conservación de la masa activa y, en su caso, reflotar la empresa mediante un eventual convenio; de otro, la retribución de la administración concursal es, generalmente, menor en intervención que en suspensión. Y otro tanto cabe afirmar en lo que atañe a los tiempos. La entrada de la administración concursal requeriría cierto periodo de adaptación y familiarización con el funcionamiento de la empresa y su patrimonio. Junto a lo expuesto, acordar este régimen puede llevar asociados algunos inconvenientes. El primero -y capital-, atiene al permanente conflicto de intereses a que se puede ver sometido el deudor y que le exige postergar su interés a un segundo plano en la toma de decisiones. En segundo lugar, el riesgo de mantener a un deudor cuya impericia puede que haya sido precisamente la causante de la situación de insolvencia. Y, en tercer término, por aludir a las desventajas más significativas, las posibles disfuncionalidades que pudiera ocasionar, en la gestión ordinaria del patrimonio, la permanente exigencia de autorización de la administración concursal para el ejercicio de las facultades de administración y disposición (a salvo las autorizaciones generales que preste la administración concursal *ex art.* 112 TRLC para los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial). Sobre la cuestión, *in extenso*, cfr. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Desapoderamiento (significado y naturaleza)», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES (dirs.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1129 y 1130.

¹¹⁶⁷ Doctrinalmente se ha planteado la posibilidad de combinar ambos regímenes; a saber, ordenar la intervención para las facultades de administración y la suspensión para las de disposición, y a la inversa. A nuestro juicio, la opción de compatibilizar ambos regímenes puede ser aconsejable. Además, la flexibilidad del sistema que predica la norma parece conducir a su autorización; vid. el apartado III de la EM (párrafo 3º) de la LC: «La ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que benefician la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso»-.

Sin embargo, hay dos obstáculos a tener en cuenta. De un lado, que la Ley no habilita expresamente esta configuración; de otro, que instaurar un modelo que combine ambos regímenes puede resultar complejo dada la dificultad que entraña la delimitación de los actos de administración y de disposición. En cualquier caso, este segundo impedimento podría ser salvado si el juez se cuida de detallar en el auto de declaración los concretos actos que quedan sometidos a intervención y qué otros a suspensión.

En la doctrina, a favor de compatibilizar ambos regímenes, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., pp. 159-160, en «Comentario al artículo 40», cit., p. 791 y en «Desapoderamiento (significado y naturaleza)», cit., p. 1131; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 11; y MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», cit., p. 11. En contra, BLANCO GÓMEZ, «Los efectos directos de la declaración del concurso en la esfera patrimonial del deudor...», cit., p. 145.

riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener» (art. 106.3 TRLC *in fine*)¹¹⁶⁸.

b) Control interno y externo de la gestión del patrimonio concursal

La gestión prevista en el TRLC está mediatizada. Y, directa o indirectamente, profesionalizada, con intervención de los órganos del concurso (órgano jurisdiccional y administración concursal) en el control del cumplimiento de los mandatos que disciplina la norma concursal. Pueden coadyuvar en este cometido deudor, acreedores y otros interesados.

Los denominados «órganos necesarios del concurso» (apartado IV, párr. 3º EM LC) desarrollan una labor irremplazable al respecto.

Al órgano jurisdiccional le corresponde la fiscalización última del cumplimiento de las prescripciones contenidas en el TRLC. El correcto ejercicio de la potestad ordenatoria y de dirección atribuida al juez engloba la disposición de mecanismos legales orientados a verificar y garantizar que aquellas prescripciones comprendidas en el TRLC y dirigidas a la administración concursal y al deudor son debidamente ejecutadas.

¹¹⁶⁸ Con todo, al determinar el régimen aplicable, son poco frecuentes los supuestos en los que el juez del concurso se aparta de las reglas de correlación establecidas en los apartados 1 y 2 del art. 106 TRLC (en igual sentido, CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 495). Sobre la cuestión, de interés, en relación a la LC, MORENO SERRANO, «La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia (la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 8, 2008, pp. 333 a 340, que extrae las siguientes conclusiones: «- La aplicación jurisprudencial de la intervención de facultades de los administradores societarios se muestra vinculada a aquellos gestores sociales que actúan con absoluto cumplimiento de los deberes que guían su actuación como administradores pero que, desafortunadamente, no pueden evitar que la sociedad se dirija a una situación concursal por lo que instan la declaración de concurso o están en vías de hacerlo cuando se presenta la solicitud de un deudor, si bien, también se tiene en cuenta la naturaleza de la actividad desempeñada por la sociedad y el apoyo financiero que puede tener a través de su accionariado. Además, una vez declarado el concurso, estos administradores con facultades intervenidas cumplen con sus deberes de colaboración e información hacia el juez y la administración concursal, puesto que, de lo contrario, sus facultades serán suspensas. - La suspensión de facultades patrimoniales se manifiesta en el Auto de declaración de concurso en supuestos de especial gravedad, en casos en los que la actividad desarrollada por los administradores dificulta la viabilidad de la empresa, o no actuaron en el correcto cumplimiento de sus deberes legales causando graves daños patrimoniales. Esta suspensión declarada en el Auto conlleva, a su vez, que difícilmente se pase en la práctica a un régimen de intervención a lo largo del proceso» (ibidem, p. 340).

Algunos motivos que pueden justificar un cambio en la aplicación de las reglas del art. 106.1 y 2 TRLC (derogado art. 40.1 y 2 LC) pueden leerse en COLINA GAREA, «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso», *Aranzadi Civil*, nº 7, 2007, pp. 11 a 13 (versión digital), y en MARTÍNEZ FLÓREZ, «Desapoderamiento (significado y naturaleza)», cit., pp. 1128 a 1131.

Entre los instrumentos de supervisión y control localizamos algunos que se centran en la actividad de administración y disposición del patrimonio concursal; otros que previenen el cumplimiento del fin. Así ocurre con la necesidad de autorización judicial en la realización de determinados actos patrimoniales (v.gr., arts. 114, 119.2, 120.4, 123.2 y 3, 205 y 422.2 TRLC) o de aprobación del convenio y del plan de liquidación (v.gr., arts. 389, 419.1 y 420.3 TRLC), con los deberes de comparecencia, colaboración e información del deudor (arts. 135, 394.2 y 400 TRLC) y de confección y evacuación de informes de la administración concursal (arts. 82, 292 y 293, 347, 424 y 468 TRLC), así como con la debida rendición de cuentas exigida al órgano de administración en distintos estadios del concurso (arts. 102, 395.2, 478 y ss. TRLC).

Y asociado a ello, se implementan medidas de estímulo negativo materializables por el juez, a instancia de parte e incluso de oficio, ante un eventual incumplimiento de los quehaceres atribuidos a deudor y administración concursal.

Respecto al deudor, se estatuye la posibilidad de modificación del régimen patrimonial acordado, a solicitud de la administración concursal y oído aquel, en cualquier momento del proceso hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación (art. 108.1 TRLC)¹¹⁶⁹, un concreto régimen de ineficacia de sus actos fuera de los límites del ámbito de actuación atribuido (arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC), y la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave en su actuar ante el incumplimiento de los deberes de colaboración e información (art. 444.2º), con potencial inhabilitación para administrar bienes ajenos o representar a cualquier persona (art. 455.2.2º TRLC), pérdida de cualquier derecho patrimonial frente a la masa (art. 455.2.3º TRLC), devolución de los bienes o derechos indebidamente obtenidos (art. 455.2.4º TRLC) e indemnización de daños y perjuicios (art. 455.2.5º TRLC), de ser declarado el concurso culpable¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ En la jurisprudencia, entre otras muchos, vid. AJM nº 6 de Madrid nº recurso 253/2009, de 29 de noviembre de 2010 (Roj: AJM M 21/2010) y del mismo Auto nº recurso 598/2012, de 10 de julio de 2014 (Roj: AJM M 64/2014). Otros pueden consultarse en: <http://www.bufete-baro.com/publicdocs/jurisprudencia-concursal-1-art-1-a-73.pdf> (consultado, por última vez, el 15 de mayo de 2021; pp. 1007 y ss.).

¹¹⁷⁰ Sin embargo, por cuanto la formación de la sección de calificación se supedita a la aprobación de un convenio especialmente gravoso para los acreedores (quita superior a un tercio o espera superior a tres años para todos los acreedores o para una o varias clases de ellos) o a la apertura de la liquidación (art. 446.1 y 2 TRLC), tales incumplimientos no podrán ser objeto de concreto reproche en sede concursal cuando aquella apertura no tenga lugar.

Sí podrán adoptarse, en cambio, medidas limitativas de derechos fundamentales orientadas a alcanzar idéntico resultado: v.gr., la intervención de sus comunicaciones o la entrada y registro

Respecto a la administración concursal, advertimos amplias facultades de separación del cargo ejercitables incluso de oficio (arts. 100 y 427 TRLC)¹¹⁷¹, sanciones de inhabilitación ante la inobservancia de ciertas prohibiciones (cfr. art. 208 TRLC) o en la desaprobación de la rendición de cuentas (art. 480 TRLC), y previsiones de una eventual responsabilidad ante una hipotética actuación *contra legem* (arts. 94 y ss. TRLC).

Ahora bien, junto al órgano jurisdiccional, la administración concursal asume un destacado cometido en la ejecución y supervisión de la correcta aplicación de los criterios de gestión estipulados. Según el régimen decretado, bien asume una labor de práctica exclusividad en la administración y disposición patrimonial¹¹⁷², bien de control y autorización única de la gestión encomendada al deudor.

Para ello, la administración concursal cuenta, con carácter general, con el deber de comparecencia, colaboración e información del concursado (art. 135 TRLC), y, ante una inadecuada gestión por su parte, con la competencia exclusiva para instar ante el juez el cambio de régimen (art. 108 TRLC). A lo anterior se suma, en el régimen de intervención, el encargo de autorización de los actos del deudor (v.gr., arts. 106.1, 109, 112, 119.1, 120.3 TRLC) y la facultad para ejercitar acciones con trascendencia patrimonial ante la negativa de aquel a hacerlo, siempre que cuente con la preceptiva autorización del juez (art. 119.2 TRLC).

Estos quehaceres del administrador o administradores concursales, orientados a encauzar la situación patrimonial, se integran en una primerísima encomienda relativa a la correcta formación de la masa. Y en este sentido, de igual modo, se reputa capital el ejercicio, en cuasi monopolio, de las facultades extraordinarias para la protección y

domiciliario (arts. 105 TRLC y 1 LORC). En su caso, también se podrán imponer multas coercitivas periódicas a aquellas personas que no presten la información y/o la colaboración requerida por los órganos del concurso en aplicación supletoria de la LEC (arts. 591 y 676.3 LEC y 521 TRLC). Esta medida puede reputarse especialmente idónea en los concursos de persona jurídica por cuanto el deber de comparecencia, información y colaboración es extensible a «los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada y quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso» (art. 135.1 TRLC) y a «los directores generales de la persona jurídica concursada y quienes lo hayan sido dentro del período señalado» (art. 135.2 TRLC). No tanto, sin embargo, en los concursos de persona física, dada la imposibilidad del deudor de hacer frente a tales multas. Finalmente, el incumplimiento grave y reiterado de este deber podría ser constitutivo de un delito de desobediencia a la autoridad (art. 556 CP). Sobre la cuestión, vid. MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al art. 42 LC», cit., pp. 885 y 886.

¹¹⁷¹ Igual facultad ostenta el órgano jurisdiccional en la revocación del nombramiento de los auxiliares delegados (art. 100 TRLC).

¹¹⁷² A salvo queda la expresa autorización judicial necesaria en los actos con repercusión patrimonial referidos *supra* (arts. 114, 119.2, 120.4, 123.2 y 3 y 205 TRLC).

reconstitución patrimonial que brinda el concurso (vid. arts. 165, 186.1, 188, 166.1, 167.1, 168.1, 231, 238 y 461 TRLC)¹¹⁷³.

Este conjunto de posibilidades de actuación se configuran como un poder-deber¹¹⁷⁴, que han de ser desempeñadas con la diligencia de un ordenado administrador y de un leal representante (art. 80 TRLC), con sujeción a las consecuencias jurídicas que se anudan a una actuación contraria (arts. 94 y ss. y 100 TRLC). Nótese que el ejercicio de este poder discrecional de decisión por la administración concursal no puede ser objeto de discusión separada (art. 532.2 TRLC)¹¹⁷⁵.

Referimos la existencia de un cuasi monopolio por cuanto las excepcionales facultades que posibilita el concurso no son conferidas al deudor, ni siquiera en los supuestos en los que se decreta el régimen de intervención. A salvo queda la iniciativa para solicitar la resolución de contratos con obligaciones recíprocas sin incumplimiento *ex art.* 165 TRLC, que le es reconocida al deudor previa autorización de la administración concursal. En el resto de facultades extraordinarias en las que se contempla la participación del deudor, este asume una función secundaria limitada a la eventual petición a la administración concursal (v.gr., arts. 166.1, 167.1 y 186.1 TRLC).

Finalmente, el control en la recta aplicación de las prescripciones dispuestas en el TRLC y en la actuación de algunas de las aludidas facultades extraordinarias es también permitida a acreedores y deudor (puntualmente a otros interesados), habilitados para impugnar actos de los órganos del concurso que puedan perjudicar la constitución del patrimonio concursal.

La tutela de la función objetiva de la masa activa no es, pues, exclusiva de la administración concursal. En aras a extremar el celo en la correcta constitución y

¹¹⁷³ Estos remedios específicos son la solicitud de resolución de contrato bilateral aun sin previo incumplimiento (art. 165 TRLC), la extinción o suspensión de los contratos con el personal de alta dirección (arts. 186.1 y 188 TRLC), la rehabilitación de los contratos de préstamo y demás de crédito en los términos del art. 166.1 TRLC, y de adquisición de bienes con contraprestación o precio aplazado en las condiciones del art. 167.1 TRLC, la enervación de la acción de desahucio o la rehabilitación de la vigencia del contrato (art. 168 TRLC), el ejercicio de las acciones de reintegración concursal (arts. 231 y ss. y 238 TRLC), y la interposición de acciones ejecutivas de la sentencia de condena en calificación (arts. 455.2.3º a 5º, 456 y 461 TRLC).

¹¹⁷⁴ En este sentido, VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional...», cit., p. 97, pues su ejercicio es preceptivo cuando se prevea que el hipotético resultado de su empleo favorece el interés del concurso.

¹¹⁷⁵ Vid. GARCÍA VICENTE, «Comentario al art. 61», cit., p. 674.

gestión del patrimonio, el TRLC diseña mecanismos orientados a enmendar cualquier hipotética desviación en su proceder.

Con carácter general, entre los instrumentos de control externo se permite requerir a la administración que se pronuncie sobre el acto del deudor que infringe las limitaciones patrimoniales (art. 109.2 TRLC), impugnar el inventario y la lista de acreedores (art. 297 TRLC) o modificar el texto definitivo de esta última (art. 311 TRLC), acceder a los informes emitidos o documentos elaborados por la administración concursal (v.gr., arts. 289, 294, 349, 424.2 y 477.3 TRLC) y a su completa rendición de cuentas con posibilidades de oposición razonada (art. 479.1 TRLC), instar la reanudación del concurso siempre que se puedan ejercitar acciones de reintegración o se aporten hechos relevantes que puedan conducir a una calificación del concurso culpable (art. 476.1 TRLC), y, en general, «comparecer en el procedimiento, (...) interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración» (art. 512.1; también vid. 509 y 512.3 TRLC)¹¹⁷⁶.

Esta posición de control se robustece especialmente respecto a los acreedores que, además de las facultades expuestas, pueden invocar el interés del concurso en defensa de la integridad de la masa haciendo valer determinadas pretensiones ante la pasividad de la administración concursal (arts. 122, 232 y 461.1 *in fine* TRLC), reclamar información y aclaración en junta de acreedores (art. 368 TRLC), y ejercer el derecho al examen de documentos e informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos (art. 512.2-II TRLC)¹¹⁷⁷. Esta posibilidad de fiscalización es, asimismo, brindada al deudor, dadas las facultades genéricas de que goza como parte (art. 509 y 510 TRLC) en la promoción de incidentes, en la formulación de peticiones o resistencias y en la interposición de recursos en todas las secciones del procedimiento sin necesidad de comparecencia en forma (arts. 532 y ss. TRLC)¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶ No obstante, como ya advertimos, no se admiten los incidentes concursales que tengan por objeto solicitar la realización de actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad (art. 532.2 TRLC).

¹¹⁷⁷ Con todo, el control que pueden ejercer los acreedores, sobre todo a nivel interno, ha sufrido una notable merma como consecuencia de las sucesivas reformas acometidas en la composición del órgano de administración. Actualmente, su presencia es del todo excepcional (cfr. art. 58 TRLC). Sobre la cuestión, vid. *supra*.

¹¹⁷⁸ Sobre las posibilidades de alegación, prueba y recursos, con sometimiento a las cargas inherentes a la condición de parte, vid. Capítulo I.

Este sistema corrector contribuye a evitar impericias en la formación de la masa, a reserva de la oportuna acción de responsabilidad que sea interpuesta (art. 94 TRLC) y la eventual solicitud de separación del cargo que sea instada (art. 100 TRLC).

c) La idéntica satisfacción de la función o destino de la masa activa en los regímenes de intervención y suspensión

La satisfacción del fin o función asignado a la masa activa se asegura, con idéntica intensidad, en los regímenes de suspensión e intervención.

Sendos sistemas se articulan de manera desigual, resultando dispar la inmediata actividad conferida a administración concursal y al deudor. Ello no empece, sin embargo, la idea de satisfacción de una exacta función e interés. Veamos cómo.

En principio, en el régimen de suspensión, el cumplimiento de los mandatos contenidos en el TRLC se presume pacífico. Resultando el cometido último de la administración concursal satisfacer el interés del concurso, sus decisiones, al ejercitar las facultades de administración y disposición, están regidas, en teoría, por aquellas disposiciones que estatuye el TRLC para su consecución.

En el régimen de intervención, la cuestión se presenta más intrincada. Aunque el órgano jurisdiccional puede ordenar la instauración de este sistema en la creencia de que el concursado, en su obrar, no se va a guiar por su interés particular, el conflicto en relación al interés del concurso puede ser permanente.

Como contrapeso, se articula un régimen fiscalizador de la actividad de gestión patrimonial del deudor con el que asegurar la recta realización del interés del concurso. Este sistema halla sustento legal en distintos preceptos.

En primer término, en los arts. 106.1 y 112 TRLC. En ambos se supedita la eficacia de los actos del deudor a la anuencia de la administración concursal. En el primero, condicionando el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial a su autorización¹¹⁷⁹; en el segundo, exigiendo la autorización general para

¹¹⁷⁹ Con mejor técnica, el TRLC prescinde del término conformidad que aparecía en la LC (v.gr., art. 40.1, 51 y 54) Aunque los términos autorización y conformidad no presentan idéntico significado -el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española define la conformidad, en su acepción 6ª, como «asenso, aprobación», y la autorización, en su acepción 2ª, como «acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida» (en línea, 23ª edición, consultado el 21 de septiembre de 2020)-, la LC parecía emplearlas como sinónimos. Así se infería de los arts. 51 y 54 LC: el

los actos u operaciones propios del giro o tráfico que permitan la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Con un carácter finalista se exige, pues, la concurrencia de dos voluntades. La inicial, atribuida en exclusiva al deudor; la de fiscalización, previa a la realización del acto, concedida a la administración concursal. Esta última se erige en una suerte de requisito habilitante cuya carencia puede determinar la ineficacia del acto realizado¹¹⁸⁰.

primero manejaba el vocablo autorización y el segundo conformidad y, en ambos casos, con una misma significación. En este sentido se pronunció la mayor parte de la doctrina, entre otros, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., pp. 127 y 128 y «Comentario al artículo 40», cit., p. 778; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 22 y «Comentario al artículo 54», cit., p. 548; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 295, nota al pie 474; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 628. En contra, al menos en la interpretación del art. 54 LC, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1023, y GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, cit., pp. 391 y 392.

¹¹⁸⁰ Pero no su invalidez. En este sentido, en relación a la eficacia, vid. MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado...», cit., p. 13; en relación a la validez, p. 24: «se trata, pues, de actos válidos, aunque viciados». Sobre la cuestión, con detallado estudio, vid. Capítulo III.

A este respecto, en orden a evidenciar que los actos realizados por el deudor concursado sin la aquiescencia de la administración concursal pueden reputarse ineficaces pero, en ningún caso, inválidos, de interés, GÓMEZ ORBANEJA: «Hemos de reconocer que en el estado actual de nuestra terminología corriente (y no sólo de la nuestra), resulta difícil separar netamente ambos conceptos. Por lo general, propendemos a tomarlos como equivalentes, y así decimos -y no sin sentido- que lo que jurídicamente no vale carece de eficacia. Sin embargo, la diferencia podrá aclararse si consideramos que el acto del incapaz es inválido en cuanto que es nulo o anulable; establecida la incapacidad en beneficio del propio incapaz, ni la buena fe de la otra parte, ni la autorización de un tercero bastan a sanarlo. El que contrata con un menor no puede oponerse a que se anule el contrato por el sólo hecho de que no supiese que contrataba con un menor. Digamos, en cambio, que el acto ejecutado por el privado del derecho de administración es objetivamente ineficaz, pero subjetivamente válido, en cuanto que tal privación provenga de la falta del derecho mismo (como cuando quien vende no es dueño de la cosa) o de la exclusión o limitación de la disposición del derecho propio (como la que pesa sobre el fiduciario o sobre el heredero instituido bajo condición suspensiva) no produce en modo alguno privación o limitación de la capacidad. El acto es, simplemente, ineficaz o no es eficaz frente a todos. Viniendo dada la exclusión o limitación en favor de otro u otros, la ley les protege, decía HELLWIG, en la misma forma que si el contrato fuera hecho por quien no es titular del derecho. Es completamente diferente, pues, que un menor estipule la venta de su casa, a que un extraño, plenamente capaz para contratar, estipule la venta de la mía (o de la suya, si carece, en beneficio mío, del derecho de enajenarla). En el primer caso, el contrato es nulo -o anulable-, o sea, inválido -o invalidable- en virtud de la falta de un requisito subjetivo y sólo por esta falta. Si en vez de contratar el incapaz hubiera contratado su representante legal (eventualmente, con autorización del juez), la validez sería plena. En el segundo caso, en sus dos supuestos, lo mismo da que el acto jurídico haya sido hecho por la misma persona privada del poder de disposición que por otra en nombre suyo. Subjetivamente, el acto es válido, pero carece de eficacia jurídica sobre el objeto de mi derecho» (en «Legitimación y representación», cit., p. 30).

Se dota, de este modo, al órgano de administración de un primer instrumento con el que embridar jurídicamente la actuación del deudor en la gestión del patrimonio concursal¹¹⁸¹.

Un segundo elemento de control aparece en la atribución a la administración concursal de la legitimación exclusiva para el ejercicio de la acción de anulabilidad (art. 109 TRLC)¹¹⁸². En efecto, el TRLC parece partir de que todo acto realizado sin la aquiescencia de la administración concursal, aunque inicialmente eficaz¹¹⁸³, es anulable: bien sea por faltar aquella, bien porque, aun concurriendo, el acto se ejecuta sin sometimiento a las condiciones impuestas¹¹⁸⁴.

Nótese que, aunque en principio se imponga un control previo, la administración concursal debe llevar a cabo una verificación *a posteriori*¹¹⁸⁵, al menos cuando aquel examen preliminar no haya tenido lugar. Y no sólo eso: según la interpretación generalmente admitida por doctrina y jurisprudencia, por la cual el acto es eficaz hasta que no se declare judicialmente su ineficacia, se conmina al órgano de administración a prestar un especial celo en instar la anulación de aquellos actos celebrados por aquel y desfavorables al interés del concurso¹¹⁸⁶, so pena de incurrir en una potencial responsabilidad por actuar sin la debida diligencia (arts. 94 y 98 TRLC)¹¹⁸⁷.

¹¹⁸¹ Cfr. COLINA GAREA, «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso», cit., p. 4.

¹¹⁸² Como es sabido, este precepto es de aplicación en las fases común, de liquidación y de convenio (arts. 306.3 y 413.1 TRLC), pero, en esta última, hasta la aprobación judicial de aquel (art. 393 TRLC). Una vez aprobado el convenio y desde que este deviene eficaz (art. 393.1 y 2 TRLC), solo resulta de aplicación, declarado el incumplimiento del convenio y abierta la fase de liquidación, una especial acción de ineficacia o de reintegración de la masa contemplada en los arts. 405.2 y 558.2 TRLC. Sobre la misma, vid. *supra* Capítulo III.

¹¹⁸³ Igual eficacia se predica de los actos realizados por el deudor cuando el régimen decretado es el de suspensión y con independencia de que se trate de una persona física o jurídica (para esta última, vid. art. 126 TRLC).

¹¹⁸⁴ Es generalmente admitido que la autorización se puede conceder sometida a condiciones. De esta opinión, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 23, y MARTÍNEZ FLÓREZ, «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer...», cit., p. 128.

¹¹⁸⁵ En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, *ibidem*, pp. 136-137.

¹¹⁸⁶ Este argumento ha sido argüido en contra de la tesis mayoritaria. En efecto, con la actual interpretación, se fomenta la “ligereza” en la actuación del deudor y se sobrecarga a la administración concursal que deberá extremar la atención a la hora de anular los inadecuados actos que realice el deudor. En este sentido, GARCÍA VILLAVERDE, «El anteproyecto de ley concursal del 2000...», cit., p. 6, y GARCÍA VICENTE, «La anulación de los actos del concursado...», cit., p. 3.

¹¹⁸⁷ Del mismo parecer, VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional...», cit., p. 100, y, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 180.

Por lo demás, para que prospere la impugnación no se exige la invocación y prueba de ningún tipo de perjuicio¹¹⁸⁸. Ello constituye una evidencia de la soberanía de la administración concursal en la delimitación del interés del concurso¹¹⁸⁹ y del amplio margen de discrecionalidad que le es concedido dentro los parámetros que estipula el TRLC¹¹⁹⁰.

Un tercer instrumento aparece en el art. 204 TRLC. De esta suerte, respecto a la conservación del modo más conveniente al interés del concurso, se dice: «la administración concursal podrá solicitar del juzgado el auxilio que estime necesario».

La vaguedad de la previsión, desprovista de específicas exigencias, favorece una interpretación amplia, proclive a dotar a la administración concursal de todas las oportunidades para garantizar la encomienda que le es atribuida. Entre otras cosas podrá, por ejemplo, solicitar al juez del concurso que le autorice a realizar determinados actos, aun decretado el régimen de intervención, ante una fortuita y perjudicial pasividad del deudor¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 367, y, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 178. Como señala esta autora, la característica descrita constituye una nota típica del régimen de anulabilidad dispuesto en los arts. 1300 a 1314 CC.

¹¹⁸⁹ Con todo, esta regla cede en ocasiones a favor del juez del concurso, a cuyo control se somete la decisión discrecional de adecuación al referido interés (v.gr., arts. 114, 119.2, 120.4, 123.2 y 3, 164, 205, 419.1, 420 y 422.2 TRLC).

¹¹⁹⁰ Como señalara la SJM nº1 de Oviedo de 4 de julio de 2006 (AC 2006, 1779) -en relación a un pago realizado por la concursada en régimen de intervención sin autorización de la administración concursal y ejercitada la pertinente acción de anulación ex art. 40.7 LC (actual art. 109 TRLC)-: «el remedio de ineficacia diseñado por el legislador mediante la acción de anulación en defensa de los intereses de la masa aparece desconectado de cualquier resultado de perjuicio efectivo para la masa activa, estando por lo tanto exonerada la acción de anulación de la carga de alegación y prueba en tal sentido, bastando para su ejercicio la simple realidad del quebranto por la concursada de los límites legales establecidos a propósito de las facultades de disponer o administrar su patrimonio, con independencia además de si el pago se ha llevado a cabo para satisfacer un crédito concursal o para satisfacer un crédito contra la masa pues lo realmente relevante vendrá dado por la salida de bienes o derechos de la masa activa mediante una operación incontestada por la Administración concursal en cuanto que único órgano con capacidad discrecional y soberana para decidir en cada momento los actos de administración y disposición que convienen a la mejor tutela de la masa activa del concurso (art. 192.3 LC), lo que a su vez se plasma en que sólo a la voluntad de la Administración concursal le corresponde optar bien por el ejercicio de la acción de anulación cuya legitimación le viene encomendada en exclusiva por el art. 40.7 LC o bien por la convalidación o confirmación del acto si así lo entiende oportuno». En este mismo sentido, entre otras muchas, SAP de Murcia (Sección 4ª) de 16 de enero de 2008 (AC 2009, 231); SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de febrero de 2009 (JUR 2009, 411695) -en relación a la autorización del art. 51.3 LC-; y, SAP de Madrid (Sección 28ª) 167/2009, de 19 de junio (Roj: SAP M 10747/2009).

¹¹⁹¹ Así ocurre, además, en sede procesal cuando el deudor se niega a formular demanda y la administración concursal estima pertinente su presentación (art. 119.2 TRLC). De esta opinión, DÍAZ MORENO, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor...», cit., p. 230. En contra, COLINO MEDIAVILLA, «Comentario al art. 43 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Legislación concursal (Ley*

Por último, advertimos el art. 108 TRLC, que facilita el cambio de régimen patrimonial, a instancias de la administración y oído el concursado, en cualquier momento del proceso.

En las hipótesis en que se hubiera decretado el régimen de intervención, dado el carácter instrumental de estas medidas, se provee a la administración concursal de un recurso con el que, valorada la conveniencia de mantener aquel ante desviaciones en la actuación del interés del concurso, puede instar al juez su modificación.

En definitiva, por lo expuesto, se coligen las siguientes consideraciones.

En primer lugar, queda evidenciado que, con independencia del régimen decretado, se procura con igual intensidad el interés del concurso.

En segundo término, se constata que los límites del ámbito de acción del deudor en la gestión encomendada vienen definidos por el aludido superior interés del concurso. E incluso podemos decir más: por cuanto la actividad del deudor intervenido está supeditada, siguiendo los parámetros del TRLC, al juicio de conveniencia de los órganos del concurso, es patente que la posición del deudor queda doblegada al criterio de aquellos órganos.

En tercer lugar, la función última de la administración concursal, en ambos regímenes, persigue igual fin: se erige en garante de la actuación del Derecho concursal y en el cumplimiento íntegro de sus mandatos. El órgano de administración debe llevar a cabo el mismo proceso intelectual y aplicar igual criterio de oportunidad al adoptar sus decisiones, ya le haya sido encomendada la vigilancia y el control de los actos del deudor, ya la decisión y el ejercicio de los actos de administración y disposición patrimonial.

En este sentido, es fácil vislumbrar la homogénea finalidad de la actividad desplegada por la administración concursal en sendos regímenes. El único cambio es instrumental, no el trazo de cómo deben proceder ni los principios sobre los que se debe asentar su actuación¹¹⁹².

22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal), PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 612 y 613.

¹¹⁹² Va más allá, reconociendo una idéntica naturaleza de la administración concursal al margen del régimen decretado, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 113 y 114: «la

3.2.6. La oponibilidad del destino legal impuesto a la masa activa

La separación patrimonial resulta jurídicamente relevante cuando el vínculo de destino es oponible frente a terceros e, incluso, frente al propio titular¹¹⁹³. Solo así es posible garantizar la especialización de la responsabilidad del núcleo patrimonial separado con satisfacción de su destino legal.

La oponibilidad de este destino constituye un instrumento jurídico válido para resolver los conflictos en escenarios de concurrencia de títulos crediticios dispares, definiendo cuáles de ellos ostentan una tutela prevalente¹¹⁹⁴. En el concurso, la oponibilidad del destino de la masa activa ordena a los acreedores del deudor común determinando cuáles de ellos pueden satisfacer sus créditos con cargo a la masa activa. En concreto, la limitación de la garantía del patrimonio concursal opera exclusivamente a favor de determinado grupo de acreedores: los titulares de créditos contra la masa y de la masa. No, en cambio, respecto al resto de acreedores del deudor tras la declaración de concurso, a excepción, claro está, de que las deudas hubieran sido contraídas en ejercicio de la legitimación concedida en el régimen de intervención.

La eventual actividad negocial y las obligaciones suscritas por el deudor pueden resultar plenamente válidas pero inoponibles frente a la masa. El concursado es privado, total o parcialmente, según el régimen decretado, de la facultad de obligar al patrimonio concursal¹¹⁹⁵.

naturaleza de los administradores cuando hay sustitución o cuando hay intervención es la misma porque el único cambio que se produce es instrumental. El órgano, por motivos de conveniencia (porque se entiende que de esta manera se tutela mejor el “interés concursal”), no gestiona directamente el patrimonio concursal, sino que, tan sólo, se limita a controlar la administración del deudor. (...) sus facultades se limitan a incidir sobre la eficacia de las actuaciones de aquel que conserva la administración, y ello -únicamente- por el juicio de conveniencia de la Ley. Como consecuencia, el ejercicio de las labores del órgano en caso de intervención queda delimitado exactamente igual que en caso de administración directa de la masa. Es el tipo de acto el que varía (se autoriza un acto, no se decide y ejercita directamente), pero no los contornos que indican cómo deben actuar los administradores concursales-interventores».

¹¹⁹³ Una separación no oponible, en tanto no puede garantizar su efecto característico de limitación de responsabilidad, no es, en sentido técnico jurídico, separación. Al respecto, vid. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, cit., p. 218.

¹¹⁹⁴ Vid. BIANCA, «Atto negoziale di destinazione e separazione», cit., pp. 172 y ss., con notable apoyo doctrinal. Ello es buena muestra de cómo el fundamento de la oponibilidad reside en la individualización de un valor que el ordenamiento considera digno de especial protección (ibídem, p. 173).

¹¹⁹⁵ A excepción, como se verá seguidamente, de los créditos derivados de hechos generadores de responsabilidad civil extracontractual del deudor tras la declaración de concurso y hasta su conclusión (art. 242.13º TRLC).

En efecto, en estas hipótesis, la obligación de resarcimiento no es imputable al patrimonio separado, sino personal del deudor, lo que impide que el crédito pueda insinuarse en el concurso y ejercitarse contra la masa activa. El concursado está obligado, pero el crédito solo podrá ser satisfecho una vez producido el cese de la separación patrimonial con el dictado de la resolución de conclusión del concurso¹¹⁹⁶.

El acreedor posterior a la constitución de la situación jurídica de concurso, en definitiva, salvo que surja de las necesidades del concurso mismo¹¹⁹⁷, no puede tener derechos en el proceso¹¹⁹⁸. En este sentido, la función a la que está destinada la masa activa contiene implícita una limitación de la responsabilidad patrimonial. Como ya apuntamos, los bienes y derechos destinados al objetivo del concurso responden solo de las obligaciones ligadas a este y no, sin embargo, las que deriven de obligaciones diversas¹¹⁹⁹.

En orden a garantizar la seguridad del tráfico y de los terceros que se relacionen con el patrimonio separado, la separación y oponibilidad descrita es efectiva desde que se dicta el auto de declaración de concurso y se garantiza su conocimiento con la publicidad mínima que impone el art. 35.1 TRLC¹²⁰⁰. Por su carácter constitutivo, sin

¹¹⁹⁶ El crédito tampoco podrá ser satisfecho sobre el restante patrimonio del deudor por resultar inembargable. Así sucederá, al menos, hasta la conclusión del concurso. Sobre la cuestión, en el régimen de quiebra, BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., pp. 90 y 91, 162 y ss. y 171 y ss. En Italia, vid. SATTA, *Istituzione di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 143 y ss., y, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 178 y ss.

¹¹⁹⁷ Quedan excepcionados los créditos «que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo», que han de ser calificados como créditos contra la masa (art. 242.13º TRLC) y, por tanto, pueden ser satisfechos con cargo a la masa activa. Ello ha de ser objeto de crítica pues las indemnizaciones derivadas de los hechos ilícitos cometidos por el deudor durante el procedimiento reciben un tratamiento preferente, obviando la separación patrimonial y la función a que ha de atender la masa activa. Como ha destacado BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 84 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1523, tales actos ilícitos determinan el nacimiento de una obligación del propio deudor de resarcir los daños causados pero, en principio, la víctima solo debería poder obtener la indemnización fijada cuando finalizase el procedimiento y cesase la separación patrimonial: «el acreedor posterior a la declaración de concurso, salvo que surja de las necesidades del propio concurso, debería carecer de todo derecho durante el procedimiento».

¹¹⁹⁸ Respecto al régimen de quiebra, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, cit., p. 175.

¹¹⁹⁹ En la línea de lo que referíamos *supra*, existe, a este respecto, una obligación funcional de gestionar el patrimonio en orden a alcanzar el destino. Y es por ello por lo que cualquier acto jurídico celebrado por el deudor que genere alguna obligación contraria al interés que garantiza el destino puede ser anulado por la administración concursal. Y, en todo caso, la inobservancia de este deber, con perjuicio para la masa, conllevará un incumplimiento de la actividad asumida por el órgano de administración, fuente de la obligación de resarcimiento por los daños causados. Sea por acción o por omisión, dentro del ámbito de actuación atribuido según el régimen decretado, la responsabilidad última en la gestión patrimonial recae sobre la administración concursal (arts. 94 y ss. TRLC).

¹²⁰⁰ Por lo ya estudiado, solo esta falta de publicidad puede suponer la omisión de un requisito esencial que, afectando a la cognoscibilidad de determinados sujetos, determine un vicio de nulidad del

embargo, esta resolución despliega plenos efectos al margen de su constancia registral (arts. 36, 37, 557 y 558 TRLC)¹²⁰¹.

auto declarativo de concurso. Recuérdese que el TRLC atribuye a esta publicación los efectos propios de una notificación personal en la realización de determinadas actuaciones procesales (v.gr., arts. 25.4, 28.1.5º y 255, 33.1, 51.1 *in fine* y 333 LC).

¹²⁰¹ Cuestión distinta es la importancia de la inscripción ante la eventual aparición de terceros adquirentes de buena fe que, en aplicación de las reglas generales (arts. 606 CC y 13, 32, 34 y 37 LH), puedan resultar protegidos por el Registro.

CAPÍTULO VIII
LA CAPACIDAD PARA SER PARTE DEL
PATRIMONIO CONCURSAL

1. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE DE LA MASA ACTIVA EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA Y PROCESAL Y LA POSICIÓN DEL DEUDOR Y LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL PROCESO CONCURSAL

1.1. La ausencia de armonización entre la legislación sustantiva y procesal en el reconocimiento de capacidad para ser parte al patrimonio concursal

La satisfacción de la función objetiva de los bienes y derechos que integran la masa activa acarrea la instauración de especialidades que repercuten en el derecho de acción y en la configuración de las relaciones jurídico-procesales.

El reemplazo en el interés conductor de las relaciones jurídico-patrimoniales de la masa, del interés del titular (deudor o acreedores) al interés del concurso, constituye un fenómeno de indudable trascendencia procesal que no ha sido observado por el legislador concursal, obviando algunas previsiones legales contenidas en la LEC.

En esta materia no hallamos coherencia entre la LEC y el TRLC. Ambas normas parten de una desigual concepción de la posición jurídico-procesal del patrimonio concursal, con natural resultado en la ubicación que han de ocupar el administrador o administradores concursales y el deudor en los procesos relativos a los bienes y derechos de la masa activa.

La LEC contiene una doble previsión normativa aplicable a los supuestos de suspensión e intervención, respectivamente. El art. 6.1.4º otorga capacidad para ser parte «a las masas patrimoniales o los patrimonios separados (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración»; compareciendo «en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren» (art. 7.5 LEC). La administración concursal interviene procesalmente, en consecuencia, como representante necesario del ente patrimonial.

En cambio, el art. 7.8 LEC, adicionado con la aprobación de la LC de 2003, reza: «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal». En una inicial

lectura, parece inferirse que la administración es representante del deudor, en tanto que el modo de integrar la capacidad es siempre la representación.

Tanto la LC como el TRLC -aun siendo posteriores a la LEC en el tiempo- han rehuido el reconocimiento de la personalidad procesal a la masa separada (art. 6.1.4º LEC), con manejo de una técnica procesal deficiente que precisa de múltiples aclaraciones.

1.2. La posición procesal del deudor y de la administración concursal y el interés del concurso como elemento a valorar en la atribución de capacidad para ser parte a la masa activa

La identificación de la masa concursal como núcleo patrimonial separado no comporta la transformación de este patrimonio en sujeto de responsabilidades ni en titular de relaciones jurídico-materiales. Ni el patrimonio concursal se erige, en sustitución del concursado, en deudor de los acreedores de la masa, ni en los contratos suscritos, antes o durante el concurso, se produce una novación subjetiva del deudor.

Sin embargo, no es tan claro que igual tratamiento quepa propugnar en sede procesal. La irrupción del interés del concurso en el gobierno de las relaciones jurídico-patrimoniales del deudor puede entrañar un relevante resultado en sede procesal con necesaria observación, atendiendo al dispar interés que rige su actuación, de un emplazamiento distinto a la administración concursal y al concursado, con provisional reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho al que conferir el estatuto de parte.

1.2.1. La posición procesal del deudor y de la administración concursal

Los escenarios en los que la administración concursal y el deudor se ubican en una posición desigual respecto al objeto del proceso no son aislados. Localizamos supuestos de confrontación directa, donde la administración ha de entablar rectamente la demanda incidental frente al concursado (cfr. arts. 109, 112, 226, 233, 238, 558.2 y 699 TRLC), e hipótesis en las que, al margen de la oposición o acuerdo en los pedimentos aducidos, es reconocida legalmente una posición procesal separada (cfr. art. 121 en relación a arts. 119.2, 120.1 y 2 y 140.2 TRLC).

El dual tratamiento que dispensa el TRLC al administrador concursal y al deudor, con identificación de una actividad procesal independiente, impone rehusar la

representación legal como institución jurídica válida¹²⁰². Procesalmente, el concursado puede comparecer y actuar en juicio con capacidad procesal plena en todo tipo de procesos¹²⁰³, incluidos los referidos a la composición de las masas.

Censuramos, por tanto, en primer lugar, el nuevo inciso que introduce el TRLC en su art. 120.2 -«la administración concursal, actuando en interés del concurso pero en representación del concursado»-; y, en segundo lugar, la alusión a la limitación de capacidad procesal del deudor que halla plasmación en el art. 7.8 LEC -«las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlas se regirán por lo establecido en la Ley Concursal»- y en el art. 119.1 TRLC -«en caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio»-.

La privación o restricción al poder de disposición patrimonial es cosa distinta a la limitación de capacidad¹²⁰⁴.

La autorización de la administración concursal para la interposición de demandas y recursos, o para la realización de actos de disposición del objeto del proceso por parte del concursado, tampoco revela la descrita limitación de capacidad procesal (en el régimen de intervención, vid. arts. 119.1 TRLC; en el régimen de suspensión, vid. art. 120.3 TRLC; asimismo, vid. 140.2 TRLC). Esta manifestación aquiescente constituye una exigencia derivada de la falta del poder de disposición que, tras la declaración de concurso y decretada la acotación de las facultades patrimoniales,

¹²⁰² En relación al ejercicio de acciones por la administración concursal del derogado art. 54 LC, descartan esta representación legal, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 327; RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 292; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 544. Sobre la cuestión, vid. Capítulo V.

¹²⁰³ La persona jurídica concursada comparecerá en juicio quien legalmente la represente (art. 7.4 LEC). Sobre la amplia actividad procesal que puede desplegar el deudor en el proceso concursal, vid. Capítulo I.

¹²⁰⁴ De igual opinión, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 327; ROCA I TRÍAS, «El concurso del deudor persona física», cit., pp. 113 a 116 (en especial, p. 115); y, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., p. 1895, y en «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., pp. 102 a 104 y 107. En contra, al entender que la suspensión e intervención inciden en la capacidad procesal del concursado, RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, p. 286, y en «Comentario al artículo 54», cit., pp. 291 y 293; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 497, y en «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, p. 553; SANJUÁN MUÑOZ, «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», *Estudios de derecho judicial*, nº 123, 2007, p. 195; CONDE FUENTES, *Los sujetos del proceso concursal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 252; y BELLIDO PENADÉS, «Comentario al art. 54 LC», cit., p. 1024, para quien en intervención se produce una limitación de la capacidad procesal.

padece el deudor concursado¹²⁰⁵. Se trata de un presupuesto legal que condiciona la eficacia del derecho de acción y de sus actos dispositivos¹²⁰⁶, y no un modo de integración de la capacidad procesal del concursado.

La necesaria anuencia de la actividad procesal del deudor es proyección de la tutela del interés del concurso, cuyo efectivo control se atribuye a la administración concursal -y, excepcionalmente, al juez-. En intervención, en garantía de la eficacia de sus actos, el concursado ha de soportar con carácter general esta actividad de verificación del administrador; en suspensión, de igual modo acontece en los procedimientos civiles en los que se ejerciten acciones de «índole personal».

Paradójicamente, en este último régimen, aun siendo la limitación de facultades patrimoniales más severa, no hallamos ninguna alusión a la capacidad procesal del concursado. Incluso en los procesos nuevos promovidos por la administración concursal o continuados por esta, con “sustitución” del deudor, se dota al concursado del derecho de intervención separada -y, por tanto, capacidad procesal plena-, quedando supeditada su intervención a la acreditación por un tercero de recursos suficientes para sufragar los gastos y costas de su actividad (arts. 121.1 TRLC). La técnica procesal empleada para describir la crisis subjetiva que opera en los procesos judiciales en trámite al momento de la declaración de concurso es errónea. A pesar de la literalidad de los arts. 120.2 y 121.1 TRLC, el fenómeno no tiene encaje en la sustitución procesal.

En conclusión, la nomenclatura manejada para trazar la relación y posición jurídica de deudor y administración concursal en sede procesal es, en ambos sistemas de administración y disposición patrimonial, desacertada y equívoca en su expresión legal.

¹²⁰⁵ En una aproximación general al concepto de parte y de capacidad procesal señalaba SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 1987 p., 304: «personalmente estimamos que la autorización para litigar no afecta en absoluto a la capacidad procesal, sino exclusivamente a la disposición del derecho discutido en el proceso».

¹²⁰⁶ Vid. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. II, cit., 1944, p. 28: «cuando para actuar en juicio tiene necesidad una persona de estar autorizada, ello no significa que no actúe por sí sola y que, por tanto, el órgano agente sea distinto de aquel que sería si la autorización no fuese requerida, sino, por el contrario, que para poder actuar, ella ha de obtener de otros una declaración de voluntad (autorización), que no se dirige al oficio judicial (obra hacia el interior) y que por ello no pertenece a la acción sino que constituye un requisito de validez de ésta».

1.2.2. El interés del concurso, elemento de referencia en la actividad procesal de la administración concursal y el deudor

El interés del concurso constituye un elemento de indudable significación en la identificación subjetiva de las partes en los procesos con trascendencia en el patrimonio concursal.

Como ya advertíamos, en suspensión, la satisfacción del aludido interés se manifiesta completa, al menos en teoría. El principal cometido de la administración concursal atiende a este propósito, por lo que sus decisiones, en la ejecución de la actividad procesal encomendada, se ha de regir por los criterios instituidos en el TRLC para su obtención¹²⁰⁷.

En intervención, la situación se revela distinta. Con base en la valoración judicial del sistema que *a priori* puede satisfacer el interés del concurso de mejor forma, se confía al deudor la iniciativa patrimonial. Se parte de la convicción del juzgador de que el concursado se guiará por las reglas que estatuye el TRLC. Es decir, se presume que el concursado, en la ejecución de los actos de gestión sustantiva y procesal, perseguirá, por su interés personal, la maximización del valor de la masa activa.

Al menos desde el punto de vista de la exteriorización de la conducta del concursado, lo expuesto equivale a afirmar que ambos intereses convergen. En efecto, el deudor ha de gestionar el patrimonio concursal y desplegar una actividad procesal ajustada a la idea de maximización del valor de la masa activa, con indiferencia hacia su verdadero interés individual¹²⁰⁸, so pena de la impugnación del acto desviado por parte de la administración concursal (arts. 109, 112, 321 y 558.2 TRLC), y, en su caso, remoción del régimen de administración y disposición del patrimonio inicialmente acordado (art. 108 TRLC).

En el régimen de intervención, de esta suerte, en toda actividad con incidencia en la masa activa, el interés personal del concursado deviene irrelevante en tanto diverja

¹²⁰⁷ Refuerza esta actuación su obligación de desempeñar el cargo «con la diligencia de un ordenado administrador y de un leal representante» (art. 80 TRLC), bajo la supervisión del juez del concurso (art. 82 TRLC), so pena de su separación del cargo (art. 100 TRLC) y de la eventual responsabilidad por los daños y perjuicios causados (arts. 94 y ss. TRLC).

¹²⁰⁸ Es innegable que esta se reputa, en principio, la mejor solución si el concursado completa la encomienda. En principio, nadie como él conoce su patrimonio, su negocio y el mercado en el que opera, lo que puede ser vital en orden a garantizar la continuidad de la empresa y una mayor satisfacción de los acreedores. Sobre las bondades de acordar el régimen de intervención, vid. nota al pie 1166.

con el interés del concurso. Y ello admite otra relevante lectura: la posición que legitima procesalmente al concursado no descansa en la titularidad de su derecho subjetivo, sino en una situación jurídica distinta y autónoma. Cuando el deudor intervenido hace valer una pretensión o realiza un acto de disposición del objeto del proceso con repercusión en la masa (art. 119.1 TRLC), lo hace con apoyo en el interés del concurso, habida cuenta de su posición en relación a la masa activa.

De esta forma, sin excepción, la declaración de concurso desencadena una variación del interés jurídico que se integra en la *causa petendi* de las acciones afirmadas por administración concursal, deudor e, incluso, acreedores. El interés del concurso se erige en el único interés jurídico válido que puede justificar la actividad procesal (y sustantiva) confiada, con desplazamiento de cualquier otro interés que pueda concurrir.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL DERECHO DE ACCIÓN DE DEUDOR Y ACREEDORES

De la declaración de insolvencia emana un efecto directo sobre la reclamación judicial de los derechos del concursado y de los acreedores. El derecho de acción, vehículo para la introducción en el proceso del derecho sustancial, sufre ajustes en orden a garantizar la tutela del interés del concurso como elemento rector del proceso concursal. Con carácter general, la efectiva actuación de este interés se apuntala con desplazamiento del sujeto encargado de entablar la acción para la tutela jurisdiccional de la masa activa durante la vigencia del concurso.

Respecto al deudor concursado, la declaración de concurso trasciende no solo en el ejercicio del derecho de acción sino igualmente en los actos de disposición del objeto del proceso.

De *lega data*, en concreto, el TRLC postula que la constitución de la nueva situación jurídica contiene el reconocimiento del derecho de acción a favor de la administración concursal con suspensión de su ejercicio por el concursado (arts. 120.1 y 2, 131.2 y 132 TRLC). En intervención, por el contrario, las posibilidades de entablar la acción y su inicial decisión siguen recayendo en el deudor, condicionado a la autorización de la administración concursal (arts. 119.1 TRLC). Idéntico régimen

jurídico se proyecta respecto a los actos de disposición del objeto del proceso (arts. 119.1 y 120.4 TRLC). Esta desigual realidad, en función del sistema decretado, impone un examen separado de la influencia de la declaración de concurso en el derecho de acción, sobre el que nos pronunciaremos más adelante.

En lo que hace a los acreedores, su integración *ex lege* en la masa pasiva (art. 251 TRLC), con sujeción al nuevo cauce procedimental y a los resultados que de su sustanciación deriven, lleva consigo la transformación de las posibilidades de actuación asociadas a su derecho de acción. Como es sabido, los acreedores reconocidos, salvo en concretos supuestos especificados *ex lege* (v.gr., arts. 142 y ss. ó 297 y ss. TRLC), no operan en el proceso concursal *uti singuli*, sino en beneficio de la colectividad, maximizando el valor de la masa activa para la posterior satisfacción de aquellos.

Específicamente, la declaración de concurso suspende el ejercicio de derecho de acción individual de los acreedores (cfr. arts. 131.1 y 238 TRLC), con derivada concesión de este derecho a la administración concursal.

El impacto de la aludida declaración en tales acciones de los acreedores va, empero, más allá. El contenido y entidad de las mismas muda: de una acción resarcitoria de carácter individual a una acción “comunitaria” en interés de la masa¹²⁰⁹.

¹²⁰⁹ Respecto a las acciones contra los socios subsidiariamente responsables, indicando lo difícil de comprender técnicamente esta transmutación, vid. VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 48», cit., p. 571.

En la acción pauliana, esta técnica ha arrastrado dudas interpretativas de notable alcance, al menos, en el régimen previo al instaurado en 2003. Aunque en la doctrina era generalmente admitido que la legitimación para el ejercicio de aquella acción recaía, de forma exclusiva, en la sindicatura (vid. JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, cit., pp. 412 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», cit., pp. 92 y ss.), el TS no siempre lo entendió así. Respecto a la suspensión de pagos, con negación de la legitimación a los interventores judiciales y atribución exclusiva para su ejercicio al acreedor perjudicado, vid. STS (Sala 1ª) 25/2004, de 30 de enero (Roj: STS 471/2004) -sobre esta, vid. LEÓN SANZ, «La rescisión de contratos por fraude de acreedores en la suspensión de pagos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004», *Anuario de Derecho concursal*, nº 3, 2004, pp. 443 y ss.-. La STS (Sala 1ª) 1090/2007, de 10 de octubre (Roj: STS 6423/2007) matizó la doctrina anterior al reconocer que la aludida legitimación a los acreedores «no debe aceptarse en todo caso y de forma indiscriminada, pues siempre está supeditada a que, en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto considerado, pueda afirmarse sin ningún género de duda que se salvaguarda el principio de la “*par condicio creditorum*”» (sobre la misma, vid. SERRA RODRÍGUEZ, «El ejercicio de la acción pauliana y las acciones rescisorias concursales. Comentario a la STS de 10 de octubre de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 20, 2008, pp. 399 y ss.). Finalmente, interesa destacar la STS (Sala 1ª) 245/2013, de 18 de abril (Roj: STS 3009/2013), que atribuye legitimación exclusiva a la sindicatura, y niega la individual de los concretos acreedores, respecto al antiguo concurso de acreedores [al respecto, vid. VÁZQUEZ GARCÍA, «La legitimación de la sindicatura del concurso para el ejercicio de la acción “pauliana” o de rescisión por fraude de acreedores. Comentario

Esta transmutación de la acción facilita el engrosamiento de la masa activa. Su estimación no se dirige a resarcir al concreto acreedor o grupo de acreedores perjudicados, titular/es originarios del derecho de acción, sino que repercute directamente en el patrimonio separado. Se altera, en consecuencia, el elemento subjetivo: la impugnación ha de estar referida a los actos perjudiciales para la masa activa¹²¹⁰, y no respecto a los individuales patrimonios de los acreedores afectados¹²¹¹.

Para ciertos estudiosos, la declaración de concurso ajusta, asimismo, el régimen jurídico de algunas de estas acciones al interés de la masa concursal. Véase, por ejemplo, la acción revocatoria ordinaria o pauliana, que tiene como presupuesto en el CC que el acreedor accionante sea titular de un crédito con anterioridad al acto fraudulento (constitutivo de la causa del impago); este presupuesto decae, en cambio, cuando la pretensión se hace valer en sede concursal¹²¹².

Aún más, algún autor han defendido que esta acción pierde su carácter subsidiario típico en el concurso, en tanto se ha de presumir la insuficiencia patrimonial¹²¹³; e incluso que el perjuicio debe ser adaptado a la nueva situación jurídica facilitando la impugnación de aquellos actos perjudiciales para el conjunto de acreedores¹²¹⁴.

a la STS (Sala Primera) 245/2013, de 18 de abril de 2013 (Rec. 1878/2009)», *Diario La Ley*, nº 8160, 2014, pp. 5 y ss.].

¹²¹⁰ Que faciliten un resultado restitutorio, incluidos agravamientos ficticios de la masa pasiva o tratos privilegiados a acreedores contrarios al principio de la *par conditio creditorum*. Respecto a las acciones del derogado art. 71.6 LC (actual art. 238 TRLC), cfr. SÁNCHEZ PACHÓN, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal», cit., p. 3 (versión digital).

¹²¹¹ Cuestión distinta es que el importe reclamado haya de guardar «relación con los créditos que hubieran sido ilícitamente defraudados» [cfr. STS (Sala 1ª) 682/2016, de 21 de noviembre (Roj: STS 5136/2016)]. Al respecto, vid. Capítulo III.

¹²¹² De esta opinión, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., pp. 1319 y 1320; y, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 244 y 245: «en la pauliana, es presupuesto que el acreedor lo sea de un crédito preexistente al acto fraudulento, y que precisamente no hubiera podido cobrar como consecuencia de su otorgamiento. Este modelo carece de sentido en el concurso, dado su carácter universal, tanto en orden a la determinación de la persona *perjudicada* como por lo que se refiere a la *preexistencia* del crédito al acto que se impugna».

¹²¹³ A favor de esta idea, LEÓN SANZ, «Comentario al art. 71 LC», cit., p. 1319. En contra, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 248 y 249, por cuanto la norma concursal no vincula la insolvencia, presupuesto objetivo del concurso, a la inexistencia de bienes, sino a la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones. Es decir, se puede declarar el concurso en un escenario en el que el activo es superior al pasivo pero no hay liquidez para afrontar las obligaciones contraídas. A esta tesis nos adherimos pues otra interpretación puede ser, en determinados escenarios, muy generosa con la masa activa: «si el acto impugnado no ha sido causa de la iliquidez, no estará justificada su rescisión».

¹²¹⁴ En este sentido, SÁNCHEZ PACHÓN, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal», cit., p. 4 (versión digital). Para este autor, la

3. LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL TRLC

3.1. El interés legitimante como canon que fundamenta la atribución de legitimación activa y su identificación con el interés del concurso. Especial alusión al régimen jurídico de los arts. 119 y 120 TRLC

La transformación del derecho aplicable y la restricción de la autonomía de la voluntad del deudor que acompaña a la declaración de concurso, con irrupción del aludido interés, implica forzosamente una alteración de las normas ordinarias de legitimación.

Especialmente útil en la materia se revela el tratamiento de la legitimación procesal que observa el interés jurídico como elemento de referencia de las situaciones jurídicas legitimantes en nuestro ordenamiento¹²¹⁵. Nótese que, en situación jurídica de

exclusión del perjuicio conforme a la legislación civil de determinados actos como el pago de las deudas, el cumplimiento de obligaciones contraídas o la celebración de contratos en los que medie el equilibrio entre las prestaciones debe ser, en sede concursal, susceptible de impugnación por la vía de la rescisoria ordinaria. En estos supuestos, a juicio de SÁNCHEZ PACHÓN, desde la doctrina que se va elaborando sobre el presupuesto objetivo, no parece que se pueda excluir del perjuicio los referidos actos si perjudicaran al resto de acreedores: «máxime cuando de la actuación del deudor se corrobore *consilium fraudis* o, simplemente, *scientia fraudis*, como presupuesto subjetivo». Parece seguir igual parecer, PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 244 y 245. En contra, SAP de Burgos (Sección 3ª) 14/2014, de 16 de enero (Roj: SAP BU 39/2014).

¹²¹⁵ De indiscutible valor las aportaciones de JUAN SÁNCHEZ, «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil», cit., p. 218, y en *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 120 y ss. El autor analiza el interés jurídico como punto de partida que posibilita una explicación de todas las situaciones jurídicas legitimantes: las que legitiman a quien afirme la titularidad de un derecho subjetivo, las que legitiman a pesar de no existir un derecho subjetivo cuya titularidad pudiera afirmarse, y las que legitiman para el ejercicio de un derecho subjetivo por un sujeto distinto a su titular. Ello permite superar la clásica ordenación de las reglas de legitimación que, partiendo del derecho subjetivo, son clasificadas en ordinarias o extraordinarias -en rigor, afirma, «todas son ordinarias para el ejercicio del interés al que coadyuvan, y todas atribuyen legitimación al titular de ese interés»-. Las reglas de legitimación son, en consecuencia, apropiadas o no al tipo de interés al servicio del cual se instituyen.

Sentar las bases de esta idea exige distinguir el interés jurídico que sirve de fundamento a la legitimación, útil a esta investigación, del denominado “interés legítimo” (en cualquiera de sus acepciones), de significación y alcance desigual. El dispar empleo de esta locución en la propia Ley, en la doctrina procesal y en la jurisprudencia permiten describir dos significados distintos. Una primera acepción de “interés legítimo” es aquella que concibe el interés jurídico o legalmente reconocido por el Derecho (arts. 24.1 CE y 7.3 LOPJ) como condición objetiva de accionabilidad. El art. 24.1 CE al referirse a derechos e intereses legítimos apunta a aquello que puede ser objeto de tutela judicial -esto es, el interés litigioso-, siendo el legislador libre en su determinación. La ausencia de este interés no constituye un problema de legitimación sino de falta de reconocimiento legal para fundamentar una demanda (v.gr., art. 42 CC). Una segunda acepción de “interés legítimo”, frente a la que también debemos marcar distancia, es la que se identifica con el interés o necesidad de accionar (arts. 22, 413.2, 414.3, 442.1 y 702.2 LEC). Como ha señalado DE LA OLIVA: «hablar de la exigencia de un interés legítimo en obtener la declaración jurisdiccional es tanto como hablar de la necesidad actual de la tutela jurisdiccional» -en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 165-. Sin embargo, el reconocimiento de un interés jurídico por el ordenamiento y el interés o necesidad de tutela jurisdiccional son cosas bien distintas: aunque ambos son condiciones de la acción, solo el primero está relacionado con la legitimación, respondiendo el segundo a consideraciones

concurso, la configuración de las relaciones jurídico-procesales exigen valorar un doble y distinto interés jurídico: el interés del titular de la relación jurídica que constituye el fundamento de la acción (deudor o acreedores), y el interés del sujeto que se halla, según el ordenamiento jurídico, en la posición adecuada para instar una concreta tutela con base en aquella relación.

Al primero se le ha denominado “interés litigioso” y al segundo “interés legitimante” -o “interés en cuanto a la composición del litigio”-¹²¹⁶, proyección de la doble situación jurídica -situación jurídica litigiosa y situación jurídica legitimante- que concurre en todo fenómeno de legitimación procesal¹²¹⁷.

En una superficial lectura, en el ejercicio de las acciones contempladas en los arts. 119 y 120 TRLC, el “interés legitimante”, elemento sustancial del derecho de acción¹²¹⁸, es brindado subjetivamente de manera dispar según el régimen acordado: al deudor concursado en el régimen de intervención (art. 119.1 TRLC); a la administración concursal en el régimen de suspensión (art. 120 TRLC¹²¹⁹, con excepción de las acciones de «índole personal»). Uno y otra se hallan, a criterio judicial, en la mejor posición -“posición legitimante”- para instar la concreta tutela que impone el TRLC con base en la relación jurídica del titular.

estrictamente fácticas, al por qué del proceso y a la clase de tutela judicial a prestar. Sobre estas acepciones, *in extenso*, cfr. JUAN SÁNCHEZ, «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil», cit., pp. 218 y ss., y en *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 123 y ss.

¹²¹⁶ Esta distinción se puede encontrar en CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, cit., pp. 29, 37, 40, 41 y 43, que contraponen lo que denomina “interés litigioso”, “interés en conflicto” o “interés interno” frente al “interés en la composición del litigio” o “interés externo”. En la doctrina moderna, secunda esta disquisición conceptual JUAN SÁNCHEZ, «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil», cit., pp. 224 y ss., y en *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., *passim* (entre otras, pp. 113 y ss.), distinguiendo entre “interés litigioso” e “interés legitimante”, terminología de la que nos servimos en texto.

¹²¹⁷ Ambas situaciones jurídicas pueden recaer en el mismo sujeto. Frente al modelo que exige identidad, al menos afirmada, en la titularidad del interés litigioso e interés legitimante (art. 10-I LEC), se contraponen aquel otro que no exige tal identidad subjetiva en la titularidad de los referidos intereses (art. 10-II LEC).

¹²¹⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, cit., p. 37.

¹²¹⁹ Con apoyo en el art. 120.1 TRLC, la administración concursal puede ejercitar acciones de índole civil y de otra naturaleza -social, contencioso-administrativa y, en el ámbito penal, la acción civil derivada de hecho punible-. En este sentido, respecto al derogado art. 54.1 LC, MARTÍNEZ GALLEGU, «Comentario al artículo 54», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), La Ley, Madrid, 2012, p. 307; CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 627; y, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 539]. A nuestro juicio, el precepto acoge, junto a las acciones de naturaleza declarativa, aquellas de índole ejecutiva (a favor, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 109; en contra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 539).

Como se podrá intuir en ambos escenarios, con desigual método, el interés del concurso es el “interés legitimante” que permite promover la acción en juicio respecto a las peticiones que impactan en la masa.

El fenómeno es singular. De una parte, en nuestro panorama jurídico son muy poco comunes los supuestos de privación de legitimación procesal al titular del derecho subjetivo. Circunstancias extraordinarias¹²²⁰, orientadas a la satisfacción de un interés considerado superior por el ordenamiento jurídico, pueden justificar esta aparente negación del derecho a la tutela judicial del deudor suspendido, en tanto privado de aquella legitimación, reconducida con investidura a la administración concursal de sus facultades legales de actuación judicial.

De otra, como anticipamos, el reconocimiento de la actuación procesal del deudor intervenido *ex art.* 119.1 TRLC, no responde a la titularidad del derecho subjetivo, sino a la posición en que se halla para una mejor satisfacción del interés del concurso. Tal fenómeno, se convendrá con nosotros, es bastante atípico.

El régimen jurídico de esta sección 2ª del Capítulo I, Título III, Libro I, culmina con una concesión de legitimación subsidiaria a los acreedores sometida a dos presupuestos (art. 122.1 TRLC) sobre los que profundizaremos en otro momento. Según el inciso primero del art. 122.2 TRLC: «en ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa».

¹²²⁰ Como destaca MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 324, aunque no es frecuente encontrar normas que priven de legitimación al titular del derecho subjetivo, pueden concurrir circunstancias que lo justifiquen, sin que ello implique negación del derecho, en tanto que puede ser ejercido por otro, ni negación de la tutela judicial, pues se le atribuye a otro.

Junto al concurso, un fenómeno similar subyace en materia de propiedad intelectual: se priva de legitimación individual a los titulares de determinados derechos con atribución de legitimación extraordinaria a las denominadas entidades de gestión de la propiedad intelectual (en este sentido respecto a los derechos contemplados en arts. 20, 25, 31, 90, 108, 109, 116, 122, 126 y 160.2 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia - en adelante, LPI-). Sobre la cuestión, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 329 y 330 y pp. 451 y ss., y *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, ed. Comares, Granada, 1997, passim.

3.2. La legitimación activa y el interés legitimante en el ejercicio de otras acciones con trascendencia en el patrimonio separado

En su relación con la masa activa, una completa exposición del régimen de legitimación activa diseñado en el TRLC exige analizar otras acciones patrimoniales que contribuyen a la maximización de su valor.

En las acciones que seguidamente diseccionamos la legitimación activa es conferida a la administración concursal: en ocasiones, con carácter exclusivo; en otras, con carácter principal, y atribución subsidiaria a los acreedores.

3.2.1. Acciones “nuevas” con incidencia patrimonial reconocidas *ex lege* tras la declaración de concurso

Como sabemos, la situación de concurso lleva asociados instrumentos extraordinarios orientados a garantizar la integridad y restauración del patrimonio concursal. Algunos de ellos se dirigen a combatir los actos perjudiciales del deudor, realizados antes y después de la declaración de concurso, y otros se imponen en orden a reparar el menoscabo patrimonial producido, como sanción civil, ante una actuación negligente y determinante de una calificación de concurso culpable.

La naturaleza singular que atribuimos a estos remedios obedece a un doble fundamento. De un lado, a su carácter excepcional; se trata de acciones solo ejercitables en situaciones de concurso. De otra, por su dimensión patrimonial: facilitan el ingreso o evitan la sustracción de bienes y derechos que, en contextos de normalidad económica, no se incorporarían o detraerían con depreciación de su estimación económica.

Este grupo de acciones aglutina la de rescisión concursal (arts. 226 y 697 y ss. TRLC), las de impugnación de los actos del deudor conculcando las limitaciones patrimoniales dispuestas (arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC) y la de ejecución de condenas dictadas en la sección de calificación (arts. 455 y ss. TRLC).

El TRLC atribuye legitimación activa a la administración concursal, con carácter exclusivo, en las acciones emprendidas al amparo de los arts. 109 y 699 TRLC, y, cuando es declarado judicialmente el incumplimiento del convenio y se restablece el régimen de suspensión, en la «acción de ineficacia o de reintegración de la masa» *ex* arts. 405.2 y 558.2 TRLC.

El legislador considera que el administrador concursal, garante principal en la tutela del interés del concurso, ha de asumir el ejercicio de estas acciones en régimen de monopolio. Se trata de una opción legal que confiere la decisión sobre la conveniencia del acto realizado por el concursado a la administración concursal, con posibilidades de confirmación o convalidación o de no impugnación hasta su caducidad, al menos en la acción del art. 109 TRLC.

Las posibilidades de control de los acreedores quedan restringidas a un facultativo requerimiento a la administración para «que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto» (art. 109.2 TRLC). Su inacción en el mes siguiente a la formulación del mismo acarrea la caducidad de la acción de anulación (art. 109.3 TRLC).

El marco legal proyectado en relación a las acciones de los arts. 226 y 461 TRLC es dispar: la legitimación se concede con carácter principal a la administración concursal (arts. 231 y 461.1, primer inciso, TRLC), pero, subsidiariamente, es reconocida a los acreedores (arts. 232 y 461.1, segundo inciso, TRLC)¹²²¹.

Se traza así un instrumento más garantista respecto a la conformación de la masa activa, con posibilidades materiales de actuación judicial ante un desviado parecer de la administración concursal. Esta actividad de los acreedores, con asunción del riesgo económico, se supedita a la pasividad del administrador o administradores, previa instancia por escrito de la interposición de la pertinente acción, en un plazo determinado subsiguiente al requerimiento (cfr. arts. 232.1 y 461.1 *in fine* TRLC)-¹²²².

¹²²¹ Esta ampliación de la legitimación a los acreedores no alcanza la impugnación de los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 699.1 TRLC).

¹²²² Este desigual tratamiento de las acciones referidas, atendido el propósito común de conservación del valor de la masa, puede llevar a sostener la legitimación subsidiaria de los acreedores en el primer bloque de acciones (v.gr., en relación al art. 109 TRLC), en aplicación analógica de este segundo (especialmente, art. 232 TRLC; incluso art. 122 TRLC). Sin embargo, esta solución ha de ser descartada. No concurriendo laguna legal, no procede su integración normativa; el legislador no acoge esta solución como sí hace en otras hipótesis. En igual sentido, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 367; CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 40», cit., p. 499; DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», cit., pp. 1868 y 1869; MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 33; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 180; y MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado...», cit., p. 24, nota al pie 47.

3.2.2. Acciones con trascendencia patrimonial existentes con carácter previo a la declaración de concurso

La reordenación de las reglas de legitimación que estatuye el TRLC, paralela a la redistribución del derecho de acción, no puede causar extrañeza. Adviértase que ni el interés del deudor ni de los acreedores constituyen el fin de la tutela que se insta al afirmar estas acciones, con lógico desenlace en la posición legitimante de deudor, acreedores y administración concursal.

De esta suerte, se remueve el común régimen de legitimación de las acciones ejercitables con carácter previo a la declaración de concurso, con privación de tal presupuesto de la acción a los sujetos originalmente dispuestos en la posición que fundamenta su concesión y derivación de aquella a favor de la administración concursal, y, en su caso, de los acreedores.

En otras palabras, respecto a deudor y acreedores, según el caso, deviene efectiva una privación o postergación de la legitimación ordinaria, inherente a su derecho de acción, con subsecuente ampliación de esta a favor de otros sujetos.

a) Las acciones originarias de los acreedores: las acciones rescisorias y de impugnación del art. 238 TRLC y la acción contra los socios subsidiariamente responsables del art. 131.1 TRLC

La *par condicio creditorum* y la universalidad del proceso concursal imponen la transferencia de la legitimación en las acciones cuyo ejercicio se imputaba, antes de la declaración judicial de concurso, a uno o varios de los acreedores, en garantía patrimonial, ya en aplicación de las normas civiles ya en aplicación de las societarias, ante el hipotético perjuicio causado por un acto del deudor.

En el primer grupo de acciones de derecho general (acciones de nulidad, anulabilidad y rescisoria ordinaria), el régimen de legitimación es idéntico al expuesto en las acciones de reintegración concursal, a cuyas normas remite en bloque el art. 238.2 TRLC¹²²³.

¹²²³ Idéntica excepción a este régimen hallamos en los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago, impugnables únicamente por el administrador o administradores concursales (art. 699 TRLC).

A tenor de los arts. 231 y 232, en recto empleo del art. 238.2 TRLC, tales acciones de impugnación han de versar sobre peticiones de tutela de los acreedores y no del deudor¹²²⁴. El crédito perjudicado por el acto del concursado ha de estar, pues, reconocido e incluido en la masa pasiva¹²²⁵.

A las expuestas, en manejo de las normas societarias se adicionan las acciones de los acreedores de algunas sociedades (colectivas, comanditarias, civiles y agrupación de interés económico) que pueden dirigirse, subsidiariamente, frente a los socios. Los acreedores sociales hacen valer su pretensión contra el patrimonio de la sociedad, y de resultar este insuficiente, queda expedita la vía para reclamar a los socios colectivos la parte insatisfecha de su crédito¹²²⁶.

El régimen de responsabilidad de los socios por deudas sociales soporta, con la declaración de concurso, igual efecto que el prescrito respecto a otras acciones, esto es, suspensión o privación temporal de los legitimados originalmente (acreedores), y concesión de la legitimación, con carácter exclusivo, a la administración concursal (art. 131.1 TRLC)¹²²⁷.

¹²²⁴ En este sentido, en relación a la LC, SÁNCHEZ PACHÓN, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal», cit., pp. 3 y 4 (versión digital); en contra, al incluir también aquellas que pudieran corresponder al deudor, SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», cit., p. 332.

¹²²⁵ A nuestro juicio, la cuestión no admite discusión. La atribución de la legitimación para ejercitar estas acciones solo puede estar reconocida respecto a los acreedores perjudicados que integran la masa pasiva. La no sujeción al concurso, ante la falta de comunicación del crédito en los tiempos que estipula el TRLC (arts. 252 y ss.), determina su “inexistencia” a todos los efectos. En España, bajo el régimen precedente a la LC y respecto a la revocatoria ordinaria, así lo entendía JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, Granada, 2001, p. 415. En Italia, bajo la *legge fallimentare* de 1945, sostiene este parecer, DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 250; en contra, FERRARA (JR.), citado por JORDANO, para quien el interés de la masa no puede quedar supeditado al arbitrio de la insinuación del crédito del acreedor, y, por tanto, de su inclusión en la lista de acreedores cuando concurra un acto deudor que perjudique a los acreedores.

¹²²⁶ Como señala BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., pp. 985 y 986, no nos hallamos ante un supuesto de extensión (imperante bajo el régimen precedente *ex art. 923 CCom*) por cuanto el concurso de la sociedad o de la agrupación de interés económico no determina el concurso de los socios. De declararse el concurso de un socio, este goza de autonomía, sin perjuicio de las posibilidades que prevé la norma de declaración conjunta (arts. 38 a 40 TRLC) o de acumulación (art. 41 TRLC). Por lo demás, con esta acción los socios se erigen en responsables de la insolvencia social en garantía de los acreedores, es decir, responden hasta el límite de lo que resulte bastante para cubrir el insuficiente de la sociedad.

¹²²⁷ Pese a que no se produce la aludida extensión, la pérdida de legitimación de los acreedores sociales comporta, en cierta medida, una extensión del concurso de la sociedad, en tanto que aquellos acreedores pierden, al menos temporalmente, la posibilidad de dirigirse contra sus socios (cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 986). En palabras de la EM (III, párrafo 8º) de la LC: «Se evitan así (...) las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios, perturbadoras del buen

Se funda, en definitiva, un sistema especial de reintegración de la masa, complementario del contenido en los arts. 226 y ss. TRLC. Y es que el resultado de la acción entablada, de ser estimada judicialmente, no se orienta a reparar el patrimonio del acreedor titular de la acción, sino que se integra en la masa activa¹²²⁸.

En nomenclatura clásica, identificamos la concurrencia de una legitimación indirecta o extraordinaria con un doble interés imputable a sujetos distintos: el interés del titular del derecho subjetivo que fundamenta la concesión de la tutela, y el interés del sujeto que se halla, según la norma, en la posición adecuada para instar judicialmente una concreta petición con base en aquella relación.

El primero es el interés litigioso, que se desplaza del concreto acreedor perjudicado a la masa activa corolario de la declaración de concurso; el segundo es el interés legitimante, atribuido con carácter principal a la administración concursal, y, ante su pasividad, a los acreedores, al menos en las acciones del art. 238 TRLC¹²²⁹.

b) Acciones originarias del deudor: las acciones en reclamación de las aportaciones sociales diferidas (art. 131.2 TRLC) y las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora (art. 132 TRLC)

Otro grupo de acciones orientado a engrosar la masa activa, con alteración de las reglas ordinarias de legitimación, es el contemplado en los arts. 131.2 y 132 TRLC.

El primero de los preceptos se refiere al «desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento». El segundo, desglosado en dos apartados tras el TRLC, se refiere al «ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación,

orden del concurso», permitidas bajo el régimen precedente con la declaración de concurso de los socios derivada del concurso de la sociedad.

¹²²⁸ En las acciones contra los socios subsidiariamente responsables, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., p. 986.

¹²²⁹ De igual modo se reconocía en el original art. 48.5 LC, con remisión al art. 54.4 LC. En la última redacción del derogado art. 48 bis.1 LC, ya desaparecía toda referencia a la legitimación subsidiaria de los acreedores. En idénticos términos se recoge en el vigente art. 131.1 TRLC.

que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados» (apartado 1), y «contra sus auditores, así como contra los expertos independientes que hubieran valorado aportaciones sociales o dinerarias en las ampliaciones de capital de la sociedad concursada» (apartado 2).

El art. 131.2 TRLC estipula un régimen jurídico especial respecto a los dos tipos de prestaciones sociales (aquellas que hubieran sido diferidas y las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento)¹²³⁰. Y lo hace aun cuando los órganos societarios primitivamente legitimados siguen funcionando tras la declaración de concurso (arts. 126 y ss. TRLC), en una suerte de extensión de la limitación de los poderes de disposición en pleito y ampliación de la legitimación a la administración concursal propia del régimen de suspensión (art. 120 TRLC)¹²³¹.

Asimismo, en la comúnmente denominada acción social de responsabilidad (art. 132.1 y 2 TRLC), por los daños ocasionados por los administradores, liquidadores, auditores o expertos independientes en el patrimonio de la persona jurídica, se sustituye el régimen “en cascada” de legitimación activa previsto en los arts. 238 a 240 TRLS por su concesión exclusiva a la administración concursal, que no precisa de acuerdo previo de la junta general para la interposición de la acción¹²³².

¹²³⁰ Sobre su régimen jurídico y las especialidades derivadas de la situación de concurso, vid. *supra* Capítulo III.

¹²³¹ Como señala MORENO SERRANO, *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, cit., p. 296, el fundamento de esta excepción radica en evitar que la ausencia de solicitud por parte de los administradores sociales a los accionistas del abono de las cuantías no desembolsadas, o su tardanza, pueda perjudicar a los acreedores de la sociedad: «lo cual se podría producir cuando los administradores hubiesen sido designados por socios titulares de acciones no enteramente desembolsadas, e incluso, cuando los propios administradores fuesen, a su vez, accionistas que no hubieran desembolsado el valor de sus acciones».

¹²³² En la redacción original de esta previsión en la LC (art. 48.2-I), se transpone el régimen de legitimación múltiple (persona jurídica, y, subsidiariamente, minoría y acreedores) que se contenía en la derogada LSC, con adición de la legitimación de la administración concursal (a favor de este sistema, VICENT CHULIÀ, «La responsabilidad de los administradores en el concurso», cit., p. 21, con descargo al concurso de gastos y avatares asociados a tales procedimientos). Las críticas desde distintos sectores doctrinales no se hicieron esperar: el sistema legal no se compadecía con el régimen de limitación de facultades patrimoniales, que exigía una interpretación correctora en consonancia con el derogado art. 54 LC; en casos de suspensión, la legitimación activa debía recaer en la administración concursal (y no en la persona jurídica), minoría y acreedores; y, en intervención, en la persona jurídica (con autorización de la administración concursal), minoría y acreedores. Sobre la cuestión, entre otros, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 48 LC», cit., pp. 973 y 974; VÁZQUEZ CUETO, «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, 2005, pp. 2378 y ss.; y VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 48», cit., pp. 555 y 556, con bibliografía de aquellos que mantienen un criterio contrario y concebían que la junta, en el

3.2.3. La legitimación activa en el ejercicio de acciones de responsabilidad del art. 94 TRLC

El art. 94 TRLC contempla un último instrumento de protección del patrimonio concursal, circunscrito a los daños y perjuicios que la administración concursal y los auxiliares delegados causen a la masa activa «por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia»¹²³³.

Se trata de una acción en «interés de la masa» (cfr. art. 96 TRLC), cuya legitimación activa es legalmente conferida al concursado y a los acreedores. Pese al silencio legal, en relación al derogado art. 36 LC, un sector doctrinal propuso su ampliación a la administración concursal, al menos en su ejercicio frente a los administradores que ya hubieran cesado en el cargo¹²³⁴. Una interpretación conjunta de los arts. 120 y 204 TRLC parece imponerlo. Ahora bien, sin una expresa norma habilitadora que lo estatuya no es posible predicar tal legitimación.

Algún autor ha afirmado que la norma concursal de 2003, extensible al actual TRLC, diseña un sistema de “legitimación activa prestada” por el concurso a sus

régimen de suspensión, podía ejercitar esta acción. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, reformó con acierto este régimen legal en el sentido descrito para el régimen vigente.

¹²³³ Se trata de una responsabilidad que precisa de la culpa como criterio de imputación subjetiva; se excluye, en consecuencia, la responsabilidad objetiva. En este sentido, ya en relación al art. 36.1 LC, pese al confuso tenor legal, DÍAZ-REGAÑÓN/UREÑA, «Comentario al artículo 36», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 336; JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 36 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 730; TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 591 y ss.; y VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 36», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 466 y 467.

En la jurisprudencia, entre otras, vid. SAP Córdoba (Sección 3ª), de 7 de julio de 2008 (JUR 2009, 95813): «(...) para que surja este género de responsabilidad frente al deudor y los acreedores, el daño a la masa ha de estar causalmente conectado con un comportamiento ilícito (antijurídico y culpable) de los administradores concursales; lo que hace antijurídicos los actos y omisiones es la contravención de lo dispuesto legalmente o la inadecuación al estándar de diligencia exigida en el desempeño del cargo. Respecto a los deberes legales, se incluyen los establecidos en cualquier norma imperativa, sea o no concursal, aunque en la práctica tengan mayor significación los deberes impuestos en la propia Ley Concursal; mientras que respecto a los actos negligentes, el estándar de diligencia ha de ser integrado por el transcrito artículo 35.1 de la propia Ley, que hace referencia a la conducta del ordenado administrador y representante leal. Se trata, por consiguiente, de valorar la actuación de la administración concursal bajo el prisma de este doble rasero: qué hubiera hecho un ordenado administrador y un representante leal en el caso concreto enjuiciado, cómo hubiera debido cumplir la obligación legalmente impuesta, qué comportamiento hubiera debido observar en ausencia de previsión legal expresa y qué era lo exigible conforme a dichos parámetros».

¹²³⁴ Este criterio es sostenido por TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 679 y ss., y JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 36 LC», cit., p. 734.

participantes¹²³⁵. Dicho desde el punto de vista del derecho de acción, no parece tratarse de una acción propia del deudor o de los acreedores sino de la masa activa, instituida con ocasión de la situación jurídica de concurso.

Desentrañar esta cuestión, sobre la que volveremos al tratar la acción del art. 94 TRLC, no es sencillo. La única circunstancia que reputamos clara es que el deudor y los acreedores se erigen en el salvoconducto necesario -gozan de la capacidad de conducción procesal- para emprender judicialmente la tutela de esta acción de responsabilidad en beneficio de la masa.

4. LA ADECUACIÓN TÉCNICA DE ATRIBUIR LEGITIMACIÓN ACTIVA A LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

4.1. Consideraciones previas

La legitimación activa de la que es investida la administración concursal a través de la pertinente norma habilitadora presupone la titularidad del interés legitimante¹²³⁶. La opción legal por la que se decanta el TRLC es diáfana, y, en principio, se reputa razonable que el administrador o administradores, en ejercicio de su misión institucional, asuman con carácter general la titularidad del referido interés¹²³⁷.

¹²³⁵ Cfr. TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 678. Para este autor la legitimación debiera estar atribuida en exclusiva a la administración concursal (ibídem, pp. 678 y ss.).

¹²³⁶ Como ha defendido JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., passim, entre otras, pp. 100, 109 y ss. y 251 y ss., todo supuesto de legitimación descansa sobre la existencia previa de un interés legitimante, y aunque ese interés pueda alcanzar a determinados sujetos, eso no es garantía de legitimación final en un proceso. Es decir, la existencia de un interés legitimante no otorga por sí mismo legitimación, siendo imprescindible que ese interés sea atendido con la existencia de una norma habilitadora -norma de legitimación- que otorgue esta facultad procesal. Es preciso distinguir, por tanto, entre el interés legitimante y la norma de legitimación. Esta distinción se observa con nitidez en GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, cit., p. 146, y en «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, p. 223: «la legitimación no es una posición (...) sino que hace referencia, existe -se reconoce- en virtud de una posición en la que se encuentra el sujeto con respecto a un determinado objeto. La posición o situación del sujeto (la relación de éste con el objeto) constituye el fundamento de la legitimación, pero no la legitimación misma».

¹²³⁷ Siguiendo a JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 251: «Tras el interés legitimante, la verdadera regla de legitimación viene dada por la habilitación legal a determinado sujeto para que pueda ejercerlo en juicio, para que disponga de las acciones judiciales vinculadas a aquel interés. De este modo dicho sujeto adquiere la cualidad necesaria para solicitar su tutela judicial». Esto es, desde la constitución de la nueva situación jurídica, con transformación del régimen jurídico aplicable, se otorga a la administración concursal la “condición” o “cualidad” necesaria para el ejercicio de las pretensiones procesales concretas que afectan a la masa, presuponiendo la titularidad de aquel interés.

El título de legitimación conferido a la administración concursal y su disposición sistemática es, empero, intrincada. Descartada la legitimación por sustitución¹²³⁸, con apoyo en el destino patrimonial impuesto legalmente, se postulan aceptables dos tesis en torno a la categoría en la que incardinar esta legitimación: la legitimación representativa o por intereses supraindividuales, o la legitimación basada en el interés general o público.

4.2. La legitimación representativa o por intereses supraindividuales

La aparente identificación del interés del concurso como un interés colectivo y la encomienda institucional de su protección a la administración concursal exigen valorar la existencia de un título de legitimación reconducible a la categoría de la legitimación representativa o por intereses supraindividuales¹²³⁹.

Con vocación general, el interés colectivo asociado a este tipo de legitimación no constituye un interés pluriindividual homogéneo o una suma de intereses individuales subjetivos. Es acotado, contrariamente, como un interés superior y previo a los referidos intereses individuales cuya satisfacción se materializa, en última instancia, en la esfera jurídica de tales sujetos.

El fundamento de esta habilitación legal puede estar justificado. Como señala ORTELLS «si una tutela judicial va a afectar a un grupo social más o menos amplio (...) es coherente que la legitimación se atribuya a quien ofrezca garantías de que actuará en defensa de los intereses de ese grupo y no a quienes actuarán guiados por sus intereses privados»¹²⁴⁰.

Aseverar que la administración concursal actúa en virtud de una legitimación representativa supone admitir que el administrador o administradores actúan en juicio

¹²³⁸ Vid. *supra* Capítulo V.

¹²³⁹ En nomenclatura clásica, el fenómeno se ubica en el ámbito de la legitimación indirecta o extraordinaria, en concreto, en la legitimación representativa (DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., pp. 158 y ss.) o por intereses supraindividuales (MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 407 y ss.; en contra, CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, n° 1, 1997, p. 59, que recoge la tutela de intereses supraindividuales dentro de la legitimación ordinaria). En la formulación propuesta por JUAN SÁNCHEZ, que propugna que quien pleitea siempre lo hace por motivaciones propias y en alegación de la titularidad del interés legitimante, nos hallaríamos ante una legitimación basada en un interés supraindividual o colectivo. Para JUAN SÁNCHEZ la ajenidad, en estos casos, solo se predica respecto de la titularidad del interés litigioso (vid. *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 164, entre otras).

¹²⁴⁰ En *Derecho Procesal Civil* (Dir./Coord. ORTELLS RAMOS), 12ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 171.

con una legitimación propia, en nombre e interés propio, para hacer efectivos *indirectamente* derechos ajenos.

Esta última característica puede ser acogida en tanto la legitimación concedida legalmente persigue asegurar una tutela judicial ajustada al carácter colectivo de derechos e intereses jurídicos lesionados o puestos en peligro consecuencia del estado patrimonial del concursado.

La necesidad de una gestión colectiva específica impondría este reconocimiento de una legitimación en nombre e interés propio. Tal carácter puede ser justificado por la misión institucional confiada: la administración concursal personificaría el interés colectivo derivado de la situación jurídica concursal y el otorgamiento de legitimación procesal constituiría el presupuesto de la acción necesario para su defensa en juicio.

En definitiva, por razones de efectividad y certidumbre en el ejercicio y resultado de las aludidas acciones, los partidarios de esta idea pueden aducir que la administración concursal actúa *proprio nomine*, en desarrollo de la función atribuida.

- *Rechazo de la tesis y alusión a la legitimación por intereses individuales homogéneos*

Pese al aparente encaje en la categoría, la administración concursal no goza de una legitimación representativa o indirecta por intereses supraindividuales (colectivos). En esencia, porque el interés concursal no constituye propiamente un interés colectivo o, a lo sumo, solo es colectivo desde un punto de vista estrictamente mediato.

Nótese que el interés colectivo se caracteriza por la reunión de dos notas identificadoras: el número de personas incluidas en el interés, que está determinado o al menos es determinable, lo que facilita la extensión de los efectos del proceso a todas ellas; y la concurrencia de un vínculo jurídico entre las referidas personas -incluso a través de un tercero-, un elemento de unión que hace del interés algo común a ellas¹²⁴¹.

Además, al interés colectivo suele ir asociada la existencia de una entidad, generalmente una persona jurídica, a la que se otorga legalmente la “representación institucional o corporativa” para la defensa del interés. La entidad no goza de la representación individual de cada una de las personas implicadas en su actividad

¹²⁴¹ Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 413.

procesal, pero sí ostenta *ex lege* una suerte de representación del conjunto, en cuya virtud «afirma no la titularidad del derecho subjetivo o del interés legítimo individual, sino un interés colectivo cuya defensa jurídica justifica la existencia de la propia persona jurídica»¹²⁴².

Se incardinan en esta categoría la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios prevista en el art. 11.2 LEC, la legitimación de los colegios profesionales en la «defensa de los intereses profesionales de los colegiados» (art. 1.3 Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales) y la legitimación de las entidades de gestión colectiva en materia de propiedad intelectual (v.gr., art. 150 LPI¹²⁴³)¹²⁴⁴. En todos asiste un interés colectivo, indivisible y distinguible de los concretos intereses de los individuos del grupo. Un interés corporativo o grupal que, además, no se identifica con la mera suma de intereses subjetivos individuales.

Atendida esta caracterización, el interés que defiende la administración concursal no es un interés colectivo. Desde el punto de vista teleológico es un interés que propende a la satisfacción de una colectividad, pero solo indirectamente se puede aseverar que la administración concursal, con su actuación en juicio, patrocina un interés de grupo. Ello contrasta con la titularidad del interés de las entidades con legitimación representativa o por intereses colectivos, que apoyan su actividad *directamente* en la tutela judicial de un interés *propio*, superior y previo a los intereses individuales de un grupo con necesidades y preocupaciones comunes.

El supuesto tampoco es reconducible al fenómeno de los intereses individuales homogéneos -pluriindividuales o multisubjetivos- del art. 11.1 LEC. Aunque desde el punto de vista de su estructura y operatividad, en ambos tipos de proceso el Derecho proporciona un cauce conjunto para la sustanciación de un cúmulo de relaciones

¹²⁴² Cfr. *ibidem*. Sobre la cuestión, de interés, vid. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 125 y ss., y JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 164 y ss.

¹²⁴³ Específicamente sobre la materia, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 463 y ss., y, monográficamente, en *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, cit., *passim*.

¹²⁴⁴ En el proceso laboral puede ser citada la legitimación de sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales. Con carácter general, vid. art. 17.2 LJS, y, con carácter específico, vid. art. 154 LJS, para el proceso de conflicto colectivo, y art. 165 LJS, para el proceso de impugnación de convenios colectivos.

jurídicas materiales de distintos individuos, el motivo que justifica la tutela jurisdiccional y la instauración de reglas extraordinarias de legitimación es desigual¹²⁴⁵.

En el proceso concursal no confluye una pluralidad de individuos con idéntico -o similar- interés frente a situaciones jurídicas plurales de igual naturaleza, sino con intereses individuales contrapuestos con posiciones disímiles, incluso entre los propios integrantes de los específicos grupos de interesados (acreedores contra la masa, privilegiados especiales y generales, ordinarios y subordinados).

De este modo, frente a la ampliación del canon de legitimación a un tercero dirigido a facilitar el acceso de todos los interesados a la tutela judicial dados sus intereses subjetivos análogos, la administración concursal es proveída de legitimación en orden a garantizar una tutela específica ante una situación de insuficiencia patrimonial. El argumento de tal concesión no reside, por tanto, en facilitar la tutela judicial de los derechos de los individuos de un grupo homogéneo, sino en asegurar su ejercicio en beneficio de la masa concursal¹²⁴⁶.

4.3. La legitimación basada en un interés general o público

Las posibilidades de actuación que el ordenamiento jurídico reconoce a la administración concursal, en logro de un interés de terceros, proporciona, inexcusablemente, una dimensión pública a la institución¹²⁴⁷.

Favorece esta perspectiva que las relaciones jurídico-patrimoniales que se integran en la masa activa muden su naturaleza por mor de la declaración de concurso, con aplicación de normas de *ius cogens*. Desde la Ciencia del Derecho, estas relaciones son adjetivadas como no disponibles o atinentes al orden público¹²⁴⁸, con restricciones a los actos de sus titulares jurídicos.

¹²⁴⁵ Destacando las coincidencias, aunque reconociendo su distinta razón de ser, VÁZQUEZ SOTELO, «El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)», *Actualidad Civil*, nº 16, pp. 4 y 9 y 10 (versión digital).

¹²⁴⁶ Asimismo, como sabemos, la tutela judicial que patrocina el TRLC, es articulada, en su caso, con privación de legitimación a deudor y acreedores, extremo irreconciliable con una tutela judicial de intereses individuales homogéneos, donde el interesado individual en ningún caso es privado del ejercicio de su derecho de acción e incluso puede impedir que la entidad haga valer su pretensión en un eventual proceso. Sobre este último inciso, vid. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 170.

¹²⁴⁷ Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 89 y 90.

¹²⁴⁸ De este modo cabe inferirlo si se observa la caracterización de los denominados procesos no dispositivos en la manualística española. Al respecto, vid. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, cit., pp. 133, 409 y 410, para quien la determinación de cuáles

La declaración de insolvencia crea una situación jurídica de alcance cuasi normativo¹²⁴⁹ o imperativo, en tanto es precisa la actuación de un interés superior, concretado por la Ley y en defensa de la legalidad, que rige por encima de los intereses individuales subyacentes.

En el ámbito del Derecho privado¹²⁵⁰, influido por el principio de autonomía de la voluntad, este fenómeno es poco frecuente. En los excepcionales supuestos en que cede la autonomía privada, con imposición de un interés abstracto por la legalidad, es el Ministerio Fiscal -en ocasiones otras entidades públicas- quien asume la legitimación para la promoción y defensa del interés público o general afectado¹²⁵¹.

La estimación de esta tesis, compatible con la idea de la legitimación por razón del oficio¹²⁵², facilita trazar un paralelismo entre la administración concursal y el Ministerio Fiscal, con extensión de aquello que señalara CARNELUTTI: «a la parte privada el poder deriva del interés; al Ministerio Público el interés deriva del poder»¹²⁵³.

sean, en un concreto momento histórico, las relaciones indisponibles, es una cuestión que corresponde a las leyes sustantivas.

¹²⁴⁹ Expresión manejada por JUAN SÁNCHEZ en la descripción de la legitimación que se basa en un interés general o público (en *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 185).

¹²⁵⁰ Aunque el Derecho concursal se encuentra alojado clásicamente en el ámbito del Derecho privado, su ordenación exhibe muestras propias de una disciplina a medio camino entre el Derecho público y el Derecho privado. De este modo se constata si tomamos como punto de referencia -en esta disquisición clásica- el papel que debe desplegar el Estado en la actuación de uno y otro Derecho, y su distinta reacción ante la inobservancia del Derecho objetivo.

Como una nota distintiva del denominado Derecho privado, se afirma, con carácter general, que el Estado tolera que el Derecho quede inobservado a menos que el titular del interés individual protegido promueva su aplicación; y, como un rasgo inherente al Derecho público, se sostiene el veto a dejar inactuada la tutela debida, encomendando a órganos propios o, al menos, a sujetos distintos del individuo interesado, el quehacer de aplicar, vigilar y controlar su cumplimiento (cfr. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código*, cit., pp. 129 a 131).

En el proceso concursal, tomando como elemento de valoración el carácter privado u oficial de la iniciativa para procurar la observancia de la norma, advertimos que esta se revela de modo desigual en atención a la circunstancia temporal. En el estadio inicial, para la declaración de concurso, no queda más que el aspecto procesal y externo de ser requerida la formulación de una pretensión para que el proceso se inicie sobre un determinado objeto, pero se desvanece lo que dicho acto implica de libertad de elección. Buena prueba de ello es la obligatoriedad en el ejercicio de la acción (art. 5 TRLC, en hipótesis de insolvencia actual) y la pluralidad de sujetos que pueden estimular su ejercicio [arts. 3, 568.1 y 695 a) TRLC]. En los estadios sucesivos, tras el dictado del auto de declaración de concurso, el cumplimiento, control y seguimiento de los mandatos dispuestos por el Derecho concursal es encomendado a órganos que, puestos por el Estado y al margen de su integración en cuerpos de él dependientes, asumen aquella ocupación (órgano jurisdiccional y administración concursal).

¹²⁵¹ Un elenco de supuestos donde el Ministerio Fiscal y otras entidades públicas son dotados de una legitimación de esta naturaleza, vid. JUAN SÁNCHEZ/ORTELLS RAMOS, «Capítulo 6», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 134 a 136.

¹²⁵² Sobre la misma, vid. *supra* Capítulo V.

¹²⁵³ Cfr. CARNELUTTI, «Poner en su puesto al Ministerio Público», *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. SENTÍS MELENDO), Librería el Foro, Buenos Aires, 1961, p. 213.

Sin embargo, pese a que el administrador o administradores persiguen el interés encomendado en virtud del poder-deber arrogado con la aceptación del cargo, no es aceptable defender que la administración concursal actúa por un interés público o general¹²⁵⁴.

La vertiente pública del quehacer de la administración concursal en la gestión del patrimonio separado se concreta en el restablecimiento del orden legal y en la instauración de la paz social, en defensa del orden económico y la certidumbre del tráfico mercantil. Ahora bien, esta función es auxiliar de aquella que constituye su cometido primero: la satisfacción del interés del concurso.

En otras palabras, se instituye a un órgano privado del poder para procurar la mejor satisfacción de un interés objetivado legalmente, y exclusivamente de este modo se contribuye al interés general¹²⁵⁵, con expulsión del mercado de aquellas empresas que

¹²⁵⁴ La naturaleza pública atribuida al órgano de administración en otros sistemas concursales ha entroncado con la identificación de los intereses de los acreedores -en procesos de insolvencia- con el interés público. De este modo se observa en el sistema italiano desde las primeras legislaciones y hasta nuestro tiempo. Al respecto, vid. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, cit., pp. 3, 4, 16, 17, 237, 313 y 322, y, SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, cit., pp. 9 y ss., que en p. 10, nota al pie 23, con apoyo en el primer autor, refiere: «Tale “pubblicizzazione” degli interessi dei creditori avrebbe poi avuto la sua più evidente manifestazione nell’ “officiosità” del fallimento, intesa come controllo e direzione da parte di organi pubblici forniti di poteri autonomi e originari». Asimismo, en otros pasajes del trabajo de esta última autora, con amplia bibliografía, queda clara esta función pública que se encomienda al *curatore*: «Accanto a chi ravvisa nella qualifica il mezzo di cui la legge si vale per imprimere alla figura del curatore “una nota di interesse pubblico”, vi è chi la attribuisce lo scopo di “elevare la dignità e conseguentemente la responsabilità dell’ufficio”, mentre la maggioranza degli scrittori la considera una conseguenza logica del carattere pubblicistico del fallimento in generale e, quindi, della figura del curatore in particolare» (ibídem, p. 2; vid. también pp. 3 y ss.). Sobre la cuestión, también de interés FERRARA (SR.), «Patrimoni sotto amministrazione», cit., pp. 335 y ss., en defensa de una actividad pública del *curatore* en interés objetivo de la justicia y de la ley; y, FERRARA (JR.), *Il fallimento*, cit., p. 277: «Il curatore (...) esercita una funzione pubblica nell’ambito dell’amministrazione della giustizia».

Lo expuesto se halla estrechamente ligado con la integración del *curatore* en el *ufficio fallimentare* (junto al *tribunale*, *giudice delegato* y *comitato dei creditori*) y la consideración de que: «la sua natura giuridica è di organo del fallimento, analogamente al giudice delegato e al tribunale, diversificandosi, però, per poteri e mansioni» (PROVINCIALI, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 166 y 167). En Italia, como indicamos *supra*, atribuye al *curatore* la condición de parte por razón del cargo, REDENTI, *Diritto processuale civile. Nozioni e regole generali*, cit., pp. 175 a 178, y en *Derecho Procesal Civil. Nociones y reglas generales* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), cit., pp. 166 a 169. Por su parte, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pp. 511 y 512, distanciando la figura del oficio de Derecho privado, concibe al *curatore*, al igual que al juez que opera la venta judicial o al depositario judicial, como «oficiales o encargados procesales» que no representan al deudor: «cuando más, actúan de órganos o instrumentos del Estado, al cual corresponde, directa y originariamente, el poder de influir, con providencias propias, sobre el patrimonio sometido a ejecución». En contra, PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, cit., pp. 337 y ss. que contrapone los conceptos de parte (deudor y acreedores) y órganos (instrumentos mediante los que se garantiza el desarrollo del proceso y la actividad que recae en las partes). De interés sobre la cuestión, con aproximación a la *Rechtsstellung des Konkursverwalter* estudiada por la doctrina alemana, vid. ZAPPAROLI, *Introduzione ad uno studio sul “contradittore fallimentare”*, cit., pp. 47 y ss., especialmente, 57 y ss.

¹²⁵⁵ En igual sentido, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 90.

no resisten el convenio como forma de solución concursal¹²⁵⁶. El interés del concurso, por tanto, no puede ser identificado rectamente con un interés público cuya defensa competa a la administración concursal.

5. LA PERSONALIDAD PROCESAL DE LA MASA ACTIVA Y SU CUALIDAD DE PARTE EN LOS PROCESOS CON INCIDENCIA EN SU COMPOSICIÓN

5.1. Los arts. 6.1.4º y 7.5 de la LEC en la legislación concursal

Como ya anticipamos al inicio de este Capítulo, el TRLC no ha tomado en consideración la habilitación legal prevista en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC.

En relación a la capacidad para ser parte del patrimonio separado (art. 6.1.4º LEC), no localizamos ningún indicio de esta opción legal en los arts. 509 y ss. TRLC, preceptos ubicados entre las normas procesales generales aplicables al concurso. Las tímidas referencias a la masa que aparecen en el art. 242.3º y 4º TRLC, en alusión al interés que ha de perseguir quien solicite a su favor algún tipo de tutela jurisdiccional, pueden ser reveladoras de la titularidad del interés legitimante, pero se reputan insuficientes si pretendemos dotar a la masa activa de la cualidad de parte, con concesión de legitimación en relación a concretas pretensiones.

La representación necesaria de la administración concursal (art. 7.5 LEC), en consecuencia, no se refleja en el texto concursal. Las normas procesales generales del Título XII del Libro I TRLC confieren la cualidad de parte al administrador concursal en todas las secciones del concurso, con desajuste de la aludida previsión de la LEC que le otorga un estatuto procesal distinto.

La general e indiscriminada cualidad de parte dispuesta a favor de la administración concursal (art. 509 TRLC) es incompatible con la aludida representación

¹²⁵⁶ Ello no es incompatible con la asunción de otros cometidos que aproximan la actividad de la administración concursal a aquella que desarrolla el Ministerio Fiscal en la promoción y defensa del interés público tutelado por la ley. Destacadamente en la fase de calificación, donde la administración concursal coadyuva a la protección del interés general a través del informe que ha de emitir con reprobación, en su caso, de la eventual conducta antijurídica del deudor o sus administradores en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 442 y 448 TRLC). Secundariamente, la eventual sanción económica de los condenados en calificación engrosará el activo, con mayor satisfacción de los intereses privados. No cabe predicar de ello, empero, que en la elaboración del informe la administración esté tutelando tales intereses subjetivos individuales. Sí lo hace, en cambio, aunque indirectamente, al promover la ejecución de la condena de la sentencia de calificación *ex* art. 461 TRLC.

necesaria, que presupone la existencia de un sujeto -verdadera parte- imposibilitado para comparecer en juicio. Tal coexistencia es exclusivamente admisible si el TRLC discriminara entre las situaciones jurídicas en las que la administración concursal necesariamente ha de asumir el estatuto de parte (v.gr., retribución o separación del cargo), de aquellas otras en las que su personación en juicio obedece a una representación institucional en nombre de la masa. Esta distinción, sin embargo, no cuenta con respaldo legal.

5.2. El concepto de legitimación en el TRLC y la capacidad de conducción procesal

De la técnica procesal manejada en el TRLC podríamos colegir que el concepto de legitimación empleado es el de legitimación *ad processum* -y no el de legitimación *ad causam*-. Es decir, que el TRLC prescinde de la legitimación como presupuesto de la acción -como uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta¹²⁵⁷- y apuesta por un concepto de legitimación orientado a las hipótesis de representación legal y necesaria, en sintonía con lo que acontecía antaño¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ «La cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el otorgamiento, justamente *a su favor*, de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa)», cfr. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 153.

¹²⁵⁸ Desde el proceso común, el concepto era empleado por la doctrina para referir los supuestos de representación legal de las personas físicas y de representación necesaria de las personas jurídicas, quedando recogido en el art. 503.2º LEC/1881 como uno de los contenidos que comprendía la expresión «carácter con que el litigante se presente en juicio». La asunción de esta *legitimatio* del Derecho común, asumida en la LEC/1881, aun sin emplear la expresión, fue profundamente controvertida en tanto que distorsionaba la atribución de la calidad de parte en el proceso. El uso de aquel concepto introducía confusión al identificar al titular de la *legitimatio* con la parte. Como ha defendido MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 38: «Desde esa confusión se explicaba el error que se cometía en esa LEC cuando el artículo 503.2º llamaba litigante al representante, cuando el artículo 533.2ª consideraba actor al representante y, por fin, cuando el artículo 533.4ª estimaba que el demandado era el representante». De interés, asimismo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «La excepción dilatoria de falta de carácter», *Estudios de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pp. 255 y ss., y, MUÑOZ ROJAS, «Parte y justa parte en el proceso civil», *Revista de Derecho Judicial*, nº 4, 1960, p. 67.

En relación a esta cuestión, CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», cit., pp. 321 a 323 advertía: «El problema que presenta la representación -después de tener por firme que parte es sólo el representado ya que él es el destinatario de los efectos procesales y sustanciales del proceso- es el concerniente a la legitimación. Se trata de determinar si el representante, aunque realiza la actividad procesal en nombre y por cuenta del representado (...) está dotado de un poder legítimamente propio. (...) La legitimación “ad processum” como poder de realizar determinados actos procesales vendría -para esta doctrina- absorbida normalmente por la legitimación “ad causam” (...). Pero en los supuestos de representación adquiere cierta autonomía configurándose como un poder procesal exigido al representante, además de la capacidad para poder realizar actos procesales; poder que tiene su fundamento en el título de la representación, presupone la legitimación “ad causam” del representado y

El art. 509 TRLC, sin embargo, exige el desecho de esta tesis al patrocinar, sin matices, el estatuto jurídico de parte de la administración concursal.

Como es sabido, el concepto de legitimación es «dentro de derecho procesal, uno de los más discutidos e imprecisos (...)»¹²⁵⁹. La ausencia de consenso científico en torno a la naturaleza jurídica de la legitimación¹²⁶⁰, dificulta su observación y examen. En esta investigación nos adherimos a aquel concepto de legitimación, auspiciado por una autorizada corriente doctrinal¹²⁶¹, que se identifica con el presupuesto de naturaleza material que liga o vincula a las partes con el objeto del proceso, previo al de la fundamentación de la pretensión o examen de fondo del asunto.

La configuración de la legitimación como presupuesto de la acción en sentido concreto controlable en la sentencia de fondo exige, pues, un nítido deslinde de cualesquiera otros presupuestos de carácter estrictamente procesal apreciables *in limine litis*, con la admisión de la demanda, o, en su caso, en la vista del incidente (art. 540 TRLC).

Esta concepción de la legitimación resulta escindible de otro presupuesto subjetivo de carácter procesal: la capacidad de conducción procesal. Tal categoría, de elaboración germana a principios del siglo XX, ha tenido escasa acogida en la doctrina procesal española¹²⁶²; en tiempos recientes, GIMENO SENDRA ha puesto en valor la

viene atribuido al representante, de manera exclusiva o no (...). Nosotros no tenemos inconveniente en admitir la legitimación del representante si por tal legitimación entendemos la autorización legal para realizar una actividad procesal válida y eficaz. Nos parece evidente también que el problema de la capacidad es distinto al de los poderes del representante procesal. Pero ambos tienen una finalidad puramente instrumental o formal, siendo presupuestos procesales, condicionantes de la validez de todos y cada uno de los actos procesales y teniendo, por consiguiente, un significado jurídico esencialmente diverso al de la legitimación».

¹²⁵⁹ GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», cit., pp. 21 y 22.

¹²⁶⁰ Una síntesis de las principales construcciones en torno a la legitimación puede encontrarse en CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 55 y ss

¹²⁶¹ Por todos, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 47 y ss., y en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ), cit., pp. 152 y ss.: «la legitimación (...) no constituye (...) un presupuesto del derecho al proceso, es decir, del derecho a una sentencia sobre el fondo, sino un presupuesto de la acción, esto es, uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta» (p. 152 de esta última obra).

¹²⁶² Con excepción de PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., aunque con tímidas referencias en pp. 315 y 331, notas al pie 5 y 41, respectivamente.

utilidad de su aplicación en la clásica disyuntiva en torno a la naturaleza jurídica de la legitimación¹²⁶³.

En sentido amplio, al ámbito de esta última categoría procesal se han reconducido presupuestos subjetivos distintos; así, el poder legal de dirección o gestión procesal del pleito, cuestión desvinculada del fondo del asunto, y la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a un sujeto para formular, o hacer efectiva contra él, una concreta pretensión dada su posición en relación al objeto procesal.

En rigor, ambos condicionantes de una tutela jurisdiccional estimatoria son escindibles en categorías separadas que ya la doctrina alemana denominaba *Prozessführungsbefugnis* (facultad de llevar el proceso o de conducción procesal) o *Prozessführungsrecht* (derecho a llevar el proceso o de conducción procesal) y *Sachlegitimation* (legitimación), respectivamente¹²⁶⁴. La primera figura se erige en un presupuesto del proceso, apreciable de oficio y controlable *a limine*; la segunda constituye un requisito de naturaleza material, condicionante de un pronunciamiento de fondo, con efectos de cosa juzgada, sobre la relación jurídico-material debatida.

Ambas cualidades subjetivas no son recíprocamente excluyentes. Con carácter general, concretamente en los supuestos de legitimación ordinaria, ambos elementos convergen, por gozar el sujeto accionante de la titularidad del derecho material discutido en juicio.

Sin embargo, en ocasiones, el ordenamiento jurídico impone al sujeto con legitimación activa que acredite fehacientemente, al inicio del proceso, el cumplimiento de presupuestos legales necesarios que le habilitan a interponer la demanda. Estas circunstancias justificativas de una cualidad personal concreta engloban la denominada capacidad de conducción procesal. De este modo ocurre, por ejemplo, con los arts. 266.1º a 3º LEC que imponen, respectivamente, la necesidad de acompañar a la demanda el documento que acredite la cualidad de alimentista, un principio de prueba

¹²⁶³ En *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración*, ed. Colex, Madrid, 2005, pp. 132 y ss. y en «¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?», *Derecho & Sociedad*, nº 38, 2012, pp. 117 y ss.

¹²⁶⁴ Vid. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I, cit., §72, p. 161; LÜKE, «Die Prozeßführungsbefugnis», *ZZP*, nº 76, 1963, pp. 1-31, y ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, C.H.Beck, München, 2018, pp. 246 y ss.

del título y la consignación del precio en el proceso de retracto o el título que confirme la condición de heredero para la adquisición de la posesión de los bienes del finado¹²⁶⁵.

Ahora bien, el aporte documental que confirma la cualidad material exigida legalmente no es cuestión distinta de la acreditación de la legitimación activa que habilita el dictado de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio. Esto es, hay concomitancia en la significación jurídica de ambas figuras. No pueden extrañar, por tanto, los recelos que se puedan formular en torno a la posibilidad de categorizar la capacidad de conducción procesal, con reconocimiento de una autonomía propia respecto a la legitimación.

En rigor, en los supuestos descritos, la disquisición entre tales cualidades subjetivas no puede hacerse con base en su contenido sino solo atendiendo al momento de su control. Esto es, respecto a tales presupuestos procede un dispar tratamiento procesal: al inicio del proceso¹²⁶⁶, respecto a la capacidad de conducción procesal, y en el momento de dictar sentencia, respecto a la legitimación, constatando en este último estadio que la cualidad material acreditada con el principio de prueba aportado con la demanda es auténtica y actual.

En la legitimación extraordinaria, la aludida capacidad adquiere una mayor significación, con claro deslinde de la legitimación. De igual modo, en esta sede, la capacidad de conducción procesal facilita el control *a limine*, si bien como presupuesto procesal desligado de la cuestión de fondo (y, consecuentemente, de la legitimación). Esto es, la capacidad de conducción procesal permite constatar la cualidad legal requerida al litigante mediante la acreditación de circunstancias concretas pero como un elemento desvinculado del derecho a la tutela jurisdiccional concreta. Así ocurre, con los accionistas o acreedores en el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los administradores (arts. 122 y 238 y 239 TRLSC), los acreedores en la acción

¹²⁶⁵ Otros ejemplos válidos son: el principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión en las tercerías de dominio (art. 595.3 LEC) o del crédito que se afirme preferente en las tercerías de mejor derecho (art. 614 LEC); también el título de crédito en el proceso de ejecución hipotecaria, en los términos del art. 685.2 LEC.

¹²⁶⁶ El control en estadios iniciales del proceso de la capacidad de conducción procesal (con inadmisión de la demanda o auto de sobreseimiento *ex art.* 418 LEC) evita la sustanciación de procesos inútiles con estricto cumplimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), garantizando la economía procesal. A pesar de ello, el examen de oficio de tal capacidad ha de estar expresamente contemplado en la norma procesal en tanto un control *prima facie* de la cuestión pugna con el derecho a la tutela judicial efectiva y lo dispuesto en el art. 5 LEC. Sobre la cuestión, vid. GIMENO SENDRA, «¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?», cit., pp. 120 y 123 y ss.

subrogatoria (art. 1111 CC), el acreedor pignoraticio y las acciones del dueño de la cosa (art. 1869 CC) o los acreedores en las acciones del concursado (arts. 122, 232 y 238.2, 461 TRLC). La legitimación viene asociada a un presupuesto procesal distinto -la condición de acreedor o el quórum de accionistas y el resto de condiciones estipuladas legalmente- controlable al comienzo del proceso.

Finalmente, la capacidad de conducción procesal es extensible a sujetos que no gozan (o no debieran gozar) de legitimación -y, por tanto, de la cualidad de parte- pero asumen la dirección procesal en el marco de una concreta misión legal para la defensa de un interés ajeno. En este ámbito, la utilidad y alcance de esta figura adquiere un indudable y destacado relieve. Integran este grupo, entre otros, el albacea para la defensa en juicio de la validez del testamento y la conservación y custodia de los bienes (art. 902.3º y 4º CC), el administrador de la herencia yacente en los pleitos referidos a la masa hereditaria (arts. 6.1.4º y 7.5 LEC) y el administrador concursal para el ejercicio de las acciones contempladas en los arts. 109, 131, 132, 119.2, 120, 231, 238.2, 461.1 y 558.2 TRLC (arts. 6.1.4º y 7.5 LEC).

La capacidad de conducción procesal no se ha concretado expresamente como categoría autónoma en nuestros textos legales patrios. Ilustra, sin embargo, a la perfección el poder de dirección procesal que asume el administrador o los administradores al aceptar el cargo, en defensa y promoción de un interés cuya titularidad recae en otro sujeto¹²⁶⁷.

5.3. La capacidad para ser parte del patrimonio concursal

Hablar de capacidad -o incapacidad- comprende, por definición, la posibilidad -o imposibilidad- de hacer algo¹²⁶⁸. La capacidad es el presupuesto o requisito de ese algo, lo que se traduce en el proceso en la condición necesaria para que se entienda válidamente constituida la relación jurídico-procesal y se pueda entrar a conocer el fondo del asunto.

¹²⁶⁷ Emplea para los administradores del concurso el concepto de capacidad de conducción procesal, como una suerte de “legitimación” (sic) funcional distinta a la legitimación ordinaria, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 122.

¹²⁶⁸ DE LA OLIVA, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1971, p. 95.

La capacidad para ser parte es la cualidad para ser sujeto de relaciones jurídico-procesales¹²⁶⁹: «la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al proceso civil», o, en otras palabras, la condición «para pedir la tutela de los tribunales (afirmar acciones) y resultar afectado por decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela jurídico-judicial»¹²⁷⁰.

Esta clase de capacidad se presenta como indisolublemente unida a la subjetividad jurídico-procesal. Sin ella devendría inviable el ejercicio de acciones, la oposición de resistencias o la posibilidad misma de otros sujetos de accionar frente a quien carece de ella.

La atribución de la condición de parte a «las masas patrimoniales (...) cuyo titular haya sido privado de sus facultades de administración y disposición» (art. 6.1.4º LEC), nada indica sobre su posición en el ámbito jurídico material, ni tampoco sobre su personalidad jurídica.

Este reconocimiento normativo previsto en la LEC de 2000¹²⁷¹ constituyó una novedosa ficción en respuesta a una necesidad inveterada de nuestro ordenamiento jurídico: evitar la indefensión de terceros que requieren la tutela jurisdiccional contra una entidad que, precisamente por su “inexistencia” material, no podía ser objeto de “agresión” jurídica¹²⁷². Al mismo tiempo, posibilita la tutela de un ente que, aunque de

¹²⁶⁹ ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. por ROMERA VERA), tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955, p. 230.

¹²⁷⁰ Cfr. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 135.

¹²⁷¹ El art. 2 de la LEC/1881 establecía, de manera implícita, un estricto paralelismo entre personalidad jurídica civil y capacidad para ser parte [cfr. SENÉS MOTILLA, «Las partes del proceso civil», *Cuadernos de Derecho Judicial* (Dir. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), nº 1, (ejemplar dedicado a: Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de enjuiciamiento civil), 2000, p. 19]. Ello originaba importantes problemas en sede procesal: al carecer determinados entes patrimoniales de personalidad jurídica no podían ser demandados en juicio. El art. 6 LEC rompió con su predecesora y superó aquella equivalencia, prescindiendo de la personalidad jurídica como premisa para ostentar la capacidad para ser parte. Así expresamente, junto al art. 6.1.4º LEC, el apartado 5º refiere «podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles (...) las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte».

No obstante, debemos señalar que fue bajo el régimen de la LEC/1881 donde se sentaron las bases para que operara aquel tránsito. Téngase en cuenta la evolución que, por aquel tiempo, experimentó la jurisprudencia española al reconocer la capacidad para ser parte a diversos entes sin personalidad jurídica. De este modo ocurrió con las sociedades irregulares -STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 1980 [RJ 1980, 1420]-, las comunidades de propietarios -STSS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1988 [RJ 1988, 1609], de 3 de julio de 1989 [RJ 1989, 5283], 14 de julio de 1989 [RJ 1989, 5617]-, las juntas de riegos -STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1990 [RJ 1990, 10316]-, y, sobre todo, la herencia yacente -STSS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 1982 [RJ 1982, 4920], de 12 de marzo de 1987 [RJ 1987, 1435], de 7 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3689], de 21 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3779]-.

¹²⁷² Cfr. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., p. 45.

manera transitoria, reúne la aptitud para asumir la condición de demandante en juicio en orden a ejercitar las acciones destinadas a su protección o conservación.

La conveniencia de esta previsión legal era (y es) inexorable respecto a la herencia yacente, donde la ausencia de titular dominical impone el reconocimiento de personalidad procesal a la masa hereditaria¹²⁷³. Pero de igual modo lo estimó oportuno el legislador procesal respecto a la masa concursal cuando se acuerda judicialmente la suspensión de las facultades de administración y disposición patrimonial del concursado.

Este último reconocimiento, más controvertido, obedece a la tendencia doctrinal que, bajo el régimen legal precedente al instaurado en 2003, advertía, sin apoyo normativo expreso, que el patrimonio autónomo creado a raíz de la declaración de quiebra, concurso y suspensión de pagos constituía la verdadera parte procesal¹²⁷⁴. Este pronunciamiento legislativo fue abonado por la difícil posición jurídico-procesal del órgano de administración y su controvertido encaje en las distintas teorías doctrinales elaboradas en la materia¹²⁷⁵.

La aptitud subjetiva concedida legalmente a la masa separada es controvertida; en esencia porque la declaración de concurso no entraña expropiación patrimonial y la demanda dirigida frente al deudor -y no respecto a la masa activa-, no constituye *a priori* una irregular constitución de la *litis*.

¹²⁷³ Respecto a la herencia yacente, vid. GASCÓN INCHAUSTI, «Comentario a la SAP Badajoz de 23 de junio de 2000», *Tribunales de Justicia*, diciembre, 2001, pp. 105 y 106. Este autor, al abordar los supuestos en los que la jurisprudencia, con carácter previo a la LEC/2000, le reconocía capacidad para ser parte a la masa hereditaria, declara que aquella siempre lo hacía para asumir la condición de demandado en garantía de los derechos que terceros pudieran ostentar frente al patrimonio hereditario. Sin embargo, «esta restricción carece de sentido y debe achacarse únicamente a las circunstancias de los supuestos en que el tema se planteó a los Tribunales en cada una de las situaciones en que se vieron llamados a resolverlo (...) no puede negarse a priori que una herencia yacente utilice su capacidad para ser parte para asumir la condición de demandante y ejercitar en juicio aquellas acciones destinadas a su propia protección o conservación».

¹²⁷⁴ Con claridad, SERRA DOMÍNGUEZ, «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», cit., p. 304. Con dudas, descartando expresamente la sustitución procesal y la representación de deudor, acreedores o del patrimonio como persona jurídica, RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, cit., p. 44: «Entre las construcciones más defendibles habrá que inclinarse bien porque son partes ad hoc por razón de oficio o bien representantes necesarios de las masas concursales por razones obvias. A ellos, pues, corresponde la comparecencia en juicio actuando en nombre de la masa». En el régimen vigente, se hace eco de esta tendencia, DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), cit., p. 140.

¹²⁷⁵ Vid. *supra* Capítulo V.

El deudor es titular del patrimonio separado, con distanciamiento del problema de identidad subjetiva asociado a la herencia yacente, lo que exige evaluar si el desapoderamiento vinculado a la declaración de concurso impone, por razones de tutela judicial efectiva, la coexistencia en sede procesal de dos sujetos, con reconocimiento de autonomía e independencia funcional, idéntico ligamen patrimonial, pero potencial dispar interés jurídico.

Ahora bien, la capacidad para ser parte siendo un requisito subjetivo necesario que condiciona la validez de la actividad procesal desplegada, no es suficiente para desvelar la verdadera cualidad de parte en un concreto proceso. Es decir, la capacidad para ser parte no es lo que constituye a un ente en parte procesal, sino lo que hace que, en general, aquel pueda ser parte en un proceso¹²⁷⁶.

El art. 6.1.4º LEC es, así, una norma instrumental -«Podrán ser parte...»- al servicio del intérprete, que deberá declarar, en cada caso y en coordinación con el TRLC, la necesidad de su aplicación. Huelga manifestar que en el supuesto en el que se patrocine la necesidad de dotar al patrimonio separado de tal capacidad, el art. 7.5 LEC contiene el complemento necesario para garantizar su actuación en juicio.

5.4. La cualidad de parte del patrimonio concursal

5.4.1. El concepto de parte procesal y su aplicación en sede concursal

Señalaba GÓMEZ ORBANEJA que en el proceso civil es parte «la persona que pide *en nombre propio* (o en cuyo nombre se pide) la actuación de la ley [pretendiendo una tutela jurisdiccional concreta], y la persona frente o contra la cual se pide»¹²⁷⁷.

La condición de parte no viene determinada por la titularidad de la relación jurídico-material o derecho subjetivo deducido en juicio; esta «titularidad no agota las cualidades subjetivas que autorizan a una persona a pedir y obtener una sentencia de fondo o que la sujetan a la que se dicte»¹²⁷⁸. El concepto de parte es un puro concepto del derecho procesal no reductible, por tanto, a la idea de parte del derecho material:

¹²⁷⁶ Cfr. DE LA OLIVA, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, cit., p. 93.

¹²⁷⁷ Cfr. *Derecho Procesal Civil*, cit., 1979, p. 123 (el contenido entre corchetes es nuestro). En palabras de DE LA OLIVA, partes del proceso civil son aquellos «sujetos que pretenden, o frente a los que se pretende, una tutela jurisdiccional concreta y que, afectados por el pronunciamiento judicial correspondiente, asumen plenamente los derechos, cargas y responsabilidades inherentes al proceso» -en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 133-.

¹²⁷⁸ Cfr. ORTELLS RAMOS, «Capítulo 4», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 90.

«parte en el proceso no es (...) el titular del derecho, sino aquel que en nombre propio ejercite la acción»¹²⁷⁹.

Aunque la adquisición de la condición de parte no depende de la efectiva concurrencia de las cualidades que permiten obtener el pronunciamiento sobre la tutela jurisdiccional instada (v.gr., titularidad del derecho o relación jurídico-material deducida en juicio), sí existen una serie de indicadores (situaciones jurídicas activas y pasivas) que exclusivamente se predicán de aquellos que gozan de tal condición¹²⁸⁰.

Se trata de indicadores y efectos que nos van a permitir discernir si la parte procesal es, en rigor, la masa activa o el administrador concursal. Su identificación no es baladí. Por cuanto las partes son los sujetos de la relación jurídico-procesal, su concreción constituye uno de los elementos identificadores de la acción con destacado impacto en categorías procesales de indiscutible relevancia (v.gr., en la litispendencia o el alcance subjetivo de la cosa juzgada).

De los varios institutos procesales que entroncan forzosamente con las partes, es suficiente con observar la referida cualidad desde la perspectiva de las crisis subjetivas procesales, las costas y los efectos del pronunciamiento jurisdiccional y su ejecución.

5.4.2. La administración concursal no goza de la cualidad de parte en los procesos con incidencia en la masa activa. El patrimonio concursal y el conjunto de situaciones jurídicas asociadas a las partes

Es inverosímil atribuir a la administración concursal la cualidad de parte en los procesos que versan sobre los bienes y derechos que integran -o pueden integrar- la masa concursal. En estos pleitos no se derivan respecto al administrador o administradores ninguno de los efectos propios vinculados al estatuto de parte.

¹²⁷⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, cit., 1979, p. 124.

¹²⁸⁰ Como señala ORTELLS RAMOS, «Capítulo 4», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 90, la efectiva concurrencia de las aludidas cualidades (titularidad del derecho o relación jurídico material u otra cualidad subjetiva) solo se conocerá cuando la sentencia sea firme, pero hasta entonces, haber sido designados en la demanda como actor y demandado (o haber adquirido tal condición con posterioridad, incluso después de una eventual ampliación de la demanda por el actor) lleva asociados respecto a los sujetos correspondientes un conjunto de efectos.

Ahondando en las razones lacónicamente expuestas en otro pasaje de este trabajo¹²⁸¹, no se puede predicar la condición de parte de la administración concursal por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque los efectos económicos derivados de las contiendas judiciales que tienen por objeto una pretensión con relevancia para la masa no son asumidos por la administración concursal.

Generalmente, el pago de las costas es una obligación que pende sobre aquel que goza de la condición de parte. Ya se actúe en virtud de una legitimación directa o indirecta, la obligación de soportar la condena en costas, también el resto de gastos no incluidos en el art. 241 LEC¹²⁸², recae sobre el sujeto que disfruta de la referida condición.

La administración concursal no asume, en cambio, los gastos y costas procesales en los pleitos conducidos por ella en interés de la masa activa: los desembolsos económicos asociados al desarrollo del proceso se imputan, en aplicación de los art. 242.2.3º y 4º TRLC, a aquella masa separada.

No extraña este régimen jurídico. La pretensión procesal que hace valer la administración concursal no es propia sino de la masa. Es decir, el administrador no pide para sí -en nombre propio- sino a favor del patrimonio concursal. Y en aplicación del art. 394.1 LEC, «las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones», criterio extensible a las costas en sede de recurso (art. 398.1 LEC).

Asimismo, cualquier sanción pecuniaria que conecte con una conducta personal del administrador concursal en el proceso (v.gr., multas por temeridad, mala fe...) recae en la masa activa, sin perjuicio de las posibilidades de repetición que frente a él brinda el art. 94 TRLC.

En segundo lugar, los efectos de las resoluciones del proceso no trascienden a la esfera jurídica del administrador o de los administradores, por tanto, los

¹²⁸¹ Vid. *supra* Capítulo V.

¹²⁸² Incluimos los eventuales desembolsos económicos que pudieran reputarse necesarios como requisito de eficacia de ciertas demandas. En materia de tasas judiciales, quedan exentas del pago de esta: «las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del Juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales» -art. 4.1.f) Ley 10/2012, de 20 de noviembre-.

pronunciamientos jurisdiccionales de condena que se dicten no repercuten directamente en sus bienes y derechos. Tales decisiones no son susceptibles de ejecución ni a favor ni en contra de su patrimonio.

En tercer lugar, el fallecimiento del administrador o la renuncia o separación del cargo no llevan asociada una crisis subjetiva del proceso. No opera una sucesión procesal ni una terminación del mismo, hitos jurídicamente procedentes, ante la concurrencia de cualquiera de los hechos descritos, de promocionar la cualidad de parte del administrador concursal.

Junto a los indicadores referidos, concurren otras situaciones jurídicas asociadas a la condición de parte que no son predicables del administrador concursal.

Así, la carencia de recursos económicos del administrador concursal no es determinante del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los pleitos en los que se entablen acciones o se opongan resistencias relativas al patrimonio concursal. Esta situación confronta respecto a aquellos procesos en los que, siendo el administrador concursal titular de la relación jurídico-material (v.gr., retribución o separación del cargo), reúne las condiciones para la concesión de aquel beneficio [arts. 2.a), 3, 4, 5, 6 y 13 Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante, LAJG)].

De otro lado, en la prueba de “interrogatorio de parte” (art. 301 y ss. LEC), el administrador no se erige en sujeto del interrogatorio. Es aplicable, en cambio, el art. 309 LEC, en tanto que el administrador es representante de un ente sin personalidad jurídica, con las cargas inherentes a tal condición.

El razonamiento formulado, con desecho de la oportunidad de conferir al administrador concursal la condición de parte en tales pleitos con influencia directa en la masa, constituye un destacado avance en la identificación de los titulares de la relación jurídico-procesal. Una vez constituida la situación jurídica de concurso, la adecuada determinación de las partes impone descender y analizar la eficacia desplegada por el auto de declaración respecto a cada concreto derecho de acción, con reubicación de las posiciones de deudor y acreedores.

Avanzamos que el patrimonio separado se postula como el ente con la aptitud para ser titular de las situaciones jurídicas activas y pasivas que incumben a la parte. Son varias las evidencias que favorecen esta idea.

De una parte, las costas y gastos solo puedan ser asumidos por la masa activa en tanto que es su interés el que se hace valer en juicio. De esta forma, el riesgo económico ligado a la consecución del provecho u objetivo perseguido con la rogación de tutela jurisdiccional se ajusta a la perfección a su condición de parte. De otra, las sentencias tienen una eficacia directa sobre el patrimonio concursal: son ejecutables judicialmente contra la masa o a favor de la masa.

Se acoplan así los argumentos para abogar porque la administración concursal, cuando formula procesalmente una pretensión lo hace en nombre de la masa, y es en contra de esta que cualquier persona puede dirigirse solicitando idéntica tutela judicial. Esta general afirmación requiere de algunas matizaciones, sobre las que nos pronunciamos *infra*, motivadas por la condición de parte atribuida al deudor con carácter general (art. 509 TRLC) y al régimen procesal estatuido en las hipótesis de intervención de sus facultades patrimoniales (art. 119.1 TRLC).

5.5. El derecho de acción de la masa separada tras la declaración de concurso

5.5.1. La subrogación de la masa separada en los procesos con incidencia patrimonial

La rogación de tutela judicial a favor del interés de un individuo distinto al titular de la relación jurídica litigiosa deducida en juicio y al sujeto investido con la legitimación activa y pasiva para actuar procesalmente en su lugar, ha entrañado doctrinalmente la aparición de alguna fórmula original.

En el ámbito del *fallimento* italiano, como ya advertíamos, GARBAGNATI postuló que el administrador actuaba en virtud de una *surrogazione processuale*. El autor ubicaba la figura en la categoría de la legitimación extraordinaria, entre la representación legal y la sustitución procesal¹²⁸³, para intentar resolver procesalmente el problema vinculado a la concesión de legitimación al *curatore*, con fundamento en las relaciones jurídico-patrimoniales del concursado, para la satisfacción del interés de sus acreedores (colectivamente considerados)¹²⁸⁴. Esta tesis pronto fue abandonada, dada su escasa acogida doctrinal dentro y fuera de Italia.

¹²⁸³ Vid. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., p. 198.

¹²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 196 y 197.

Por su parte, DE MARTINI, con apoyo en la sustitución del *ufficio fallimentare* por el *fallito* en el gobierno del patrimonio separado, tesis comúnmente aceptada en el país transalpino, identificó la existencia de una *surrogazione forzata sostanziale*. A decir del autor, «poichè nel patrimonio stesso sono comprese, non solo situazioni di diritto sostanziale, ma anche azioni e in genere situazioni di diritto processuale, o quanto meno strumentali a processi, anche tali azioni e situazioni processuali sono investite dalla sostituzione fallimentare e ricadono nella legittimazione degli organi fallimentari»¹²⁸⁵.

La figura era expresamente descartada como un supuesto reconducible a la sustitución procesal, adquiriendo autonomía propia como categoría procesal que aglutinaba el ejercicio de acciones y la tutela procesal de las relaciones sustantivas afectadas por la declaración de concurso. Con base en esta construcción, en los pleitos con incidencia patrimonial, el *fallito* padecía una suerte de limitación general en la disposición del objeto del proceso, idéntica a la operante en el ámbito sustantivo, con paralela asunción por los órganos del *ufficio* de su original posición¹²⁸⁶.

Idéntica problemática afrontamos en el proceso concursal patrio. Con carácter general, desde una perspectiva estrictamente procesal, aunque es un fenómeno inusitado, la declaración de insolvencia origina un doble efecto expresión del nuevo interés que pasa a regir las relaciones jurídico-patrimoniales de la masa separada: respecto a los procesos nuevos, deviene efectiva una subrogación procesal forzosa a favor de la masa concursal en la potencial posición subjetiva de deudor y/o acreedores (art. 120.1 TRLC); y, en relación a los procesos en trámite, se materializa una sucesión procesal¹²⁸⁷. No opera, pues, como ya anticipamos, sustitución alguna en deficiente técnica *ex arts.* 120.2 y 121.1 TRLC¹²⁸⁸.

¹²⁸⁵ Cfr. *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, cit., p. 147.

¹²⁸⁶ Cfr. *ibídem*, pp. 147 y 148.

¹²⁸⁷ Como han señalado SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», cit., p. 317, y CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 604 y 605, tal crisis subjetiva, aunque se produce *ope legis*, precisa de la personación de la administración concursal en las actuaciones: «en tanto dicha personación no se produzca, el deudor conservará la capacidad procesal para actuar en el procedimiento» (SENÉS, *ibídem*). En la jurisprudencia, vid. SAP de Huelva (Sección 2ª) 211/2011, de 23 de diciembre (Roj: SAP H 953/2011).

Se trata de una sucesión procesal que, en todo caso, opera del deudor a la masa concursal; no, por tanto, respecto a la administración concursal. De esta opinión, aunque empleando el concepto de sustitución, a nuestro juicio inadecuado, CORDÓN MORENO, *ibídem*, p. 605: «En un plano estrictamente procesal el correcto entendimiento de esta sustitución exige tener presente que la administración

La subrogación descrita tiene trascendencia sustantiva y procesal, y es discutible su extensión, por lo que luego se dirá, a las acciones del art. 119.1 TRLC, en el régimen de intervención.

Dos hitos asociados a la constitución de la situación jurídica concursal, con reasunción de algunas ideas ya expuestas, abonan la tesis de la subrogación a favor de la masa activa.

En primer término, en las relaciones jurídico-patrimoniales integradas en la masa, el deudor y los acreedores son desplazados a una posición procesal distinta a la propia que le pertenece como titulares originarios del derecho de acción.

Adviértase que el deudor, aunque preserva su cualidad de parte (arts. 509 y 510 TRLC), puede ser relegado de su posición principal en algunos pleitos, con eventual representación y defensa separada (art. 121 TRLC). Asimismo, respecto a los acreedores, se insertan destacados límites, con posibilidades de intervención general en el proceso (arts. 512 y 534.2 TRLC). Esto es, se observa que la posición en juicio de los aludidos sujetos es distinta de aquella que asumirían, de no mediar la declaración de concurso, como titulares de la relación jurídico-sustantiva deducida judicialmente.

En segundo lugar, la pérdida de facultades dispositivas procesales del deudor constituye expresión de esta subrogación (cfr. arts. 120.4 y 121.2 TRLC). En efecto, cuando opera tal fenómeno, se advierte una merma en su facultad de disposición del objeto del proceso; menoscabo que confronta y aleja la descrita subrogación de los supuestos típicos de sustitución procesal (v.gr., acción subrogatoria), donde el sustituto,

concursal ostenta la representación procesal de la masa de bienes del concurso (cfr. art. 7.1.5º LEC) que es la que en realidad sustituye al deudor, produciéndose una verdadera subrogación en el derecho u obligación ejercitados»; y SENÉS MOTILLA, *ibídem*, p. 322: «se produce una verdadera subrogación de la masa en los derechos y obligaciones ejercitados». En contra, al defender que la sucesión procesal opera del deudor a la administración concursal, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», *cit.*, pp. 500, 505 y 506.

De otro lado, la sucesión procesal que propugnamos no encuentra pacífico anclaje normativo. Nótese que ni en el art. 16 LEC -«sucesión procesal por muerte»-, ni en el art. 17 LEC -«sucesión por transmisión del objeto litigioso»- tiene fácil articulación el singular supuesto que estudiamos. Se trata de una sucesión *sui generis*, donde el titular del derecho subjetivo es desplazado con ocupación de su original posición por la masa separada, creada con la declaración de concurso. A pesar del silencio legal, en la integración normativa de este vacío legal abogamos por la aplicación del art. 17 LEC.

¹²⁸⁸ Esta deficiente técnica es ya denunciada, en relación al derogado art. 51.2 LC, por CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, *cit.*, p. 213, y MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, *cit.*, p. 328.

sin el beneplácito del sustituido, no puede realizar actos de disposición de la *res de qua agitur*¹²⁸⁹.

5.5.2. La imputación subjetiva del derecho de acción tras la declaración de concurso

a) Respecto a las acciones originalmente atribuidas a deudor y a acreedores

En la situación jurídica que impone la declaración de concurso, la razón de ser de atribuir el poder de hacer valer en juicio una relación sustantiva de la que no se es titular -del concursado o de los acreedores- reside en la mejor defensa procesal del patrimonio separado en aras a atender la responsabilidad patrimonial contraída por el deudor. La conservación del valor de la masa activa explica la concesión de facultades instrumentales y complementarias, de distinto signo, orientadas a la consecución de ese destino.

La defensa del patrimonio del concursado en situaciones de insolvencia declarada entraña la aparente atribución de poderes de naturaleza procesal, orientadas a garantizar la protección judicial de los derechos del deudor concursado ante la pasividad o control impuesto a este, y de los derechos o poderes materiales que de *iure proprio* son reconocidos a los acreedores ante actos realizados, de un lado, por el deudor en fraude de su derecho (arts. 1111-II, 1291.3ª y 1294 y ss. CC), y, de otro, por los socios de la persona jurídica que resultan personalmente responsables de las deudas (art. 131.1 TRLC).

No es claro, sin embargo, si el derecho de acción que hace valer la administración concursal en juicio, es propio del deudor o de los individuales acreedores, titulares de la relación material que se deduce, o constituye un derecho de acción nuevo y autónomo.

¹²⁸⁹ En este sentido, CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», cit., p. 50, el sustituto es titular de todos los derechos, obligaciones y cargas procesales, si bien, dada la naturaleza procesal de la figura, no puede realizar aquellos actos que suponen disposición material del derecho para los cuales se exige su titularidad. Asimismo, ya CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil* (trad. CASAIS Y SANTALÓ), tomo II, cit., p. 28; MUÑOZ ROJAS, «Parte y justa parte en el proceso civil», cit., p. 53; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, cit., p. 62; y NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 105 a 107. En contra, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 284 y ss.

En escenarios concernientes a la legitimación indirecta -especialmente, en la legitimación por sustitución-, este debate no es desconocido entre la dogmática procesalista. Actualmente¹²⁹⁰, la cuestión es reconducible a tres tesis. Una primera posición, respaldada por un sector mayoritario de la doctrina, considera que el legitimado indirecto ejercita una acción autónoma, distinta de la que ostenta el titular; en una segunda postura, se ha defendido que lo que se hace valer en juicio es la acción de este último; y, en tercer lugar, algún autor plantea que la acción es de titularidad compartida.

En el ámbito de la acción subrogatoria, a favor de la segunda opinión se postuló MONTERO, para quien con el ejercicio de esta acción no se dota al acreedor (sustituto) de ningún derecho material, sino de la facultad procesal de ejercitar la acción de otro (el deudor sustituido). La singularidad del fenómeno radica en que, al entablar la demanda, aquel no pide para sí sino para el titular de la acción con ingreso de lo obtenido en su patrimonio¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ Como expone CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 163 y 164, clásicamente se han planteado dos teorías valoradas por destacados juristas. De un lado, aquella sostenida por CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil* (trad. CASAS Y SANTALÓ), tomo II, cit., pp. 28 y 29, que a propósito de la subrogatoria habla de expropiación del ejercicio de la acción aunque subordinada al escenario de que el titular no obre (en caso de declaración de quiebra -añade- la expropiación es absoluta). En esta línea, vid. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, cit., pp. 214 y ss., que defiende la autonomía de la acción en la sustitución procesal, con crítica a las distintas tesis de SATTÀ y ANDRIOLI. Para GARBAGNATI: «l'esercizio del potere di azione da parte del sostituto processuale ha per effetto la nascita di un diritto verso l'organo giurisdizionale all'emanazione di un provvedimento in merito al rapporto giuridico litigioso, non in capo al sostituto, ma al sostituto» (ibídem, p. 216).

De otro lado, hay autores que sostuvieron que el tercero afirma un derecho subjetivo propio con la única particularidad de que se trata de un derecho en conexión con la relación ajena deducida en juicio. Entre otros, vid. SATTÀ, *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. SENTÍS MELENDO/DE LA RÚA), tomo I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 95; seguido en España por RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, cit., p. 59.

¹²⁹¹ Como es lógico, el acreedor que ha ejercitado la acción subrogatoria se dirigirá posteriormente contra el patrimonio del deudor, en el que ingresa el bien, para hacer efectivo su derecho (MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 369 y ss., especialmente, pp. 377 y 378). Que el acreedor no pide para sí es una cuestión reconocida con claridad por la jurisprudencia de nuestro TS -entre otras, vid. SSTs (Sala 1ª) de 26 de abril de 1962 (RJ 1962/1709) y 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/9119)-. Ni siquiera la acumulación de acciones (una contra el deudor y otra contra el deudor de su deudor), como demuestra este autor permite garantizar que, estimadas las dos pretensiones deducidas, el acreedor perciba directamente el producto de su crédito (ibídem, p. 379).

En la jurisprudencia, entre otras, vid. SAP de Barcelona (Sección 14ª) nº recurso 890/2000, de 4 de febrero de 2002 (Roj: SAP B 1279/2002) y SAP de Pontevedra (Sección 4ª) nº recurso 37/2002, de 20 de noviembre (Roj: SAP PO 3810/2002): «La acción subrogatoria (...) puede ser definida como el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a los acreedores para ejercitar los derechos y acciones que corresponden a su deudor con el fin de cobrar de esta manera lo que se les debe. Más que de una verdadera y propia acción se trata de una legitimación extraordinaria que la ley atribuye a los acreedores para ejercitar los derechos del deudor».

A favor de la primera tesis, en relación a la legitimación por sustitución, se posicionan CORDÓN¹²⁹² y CABAÑAS; este último incluso la hace extensible, con matices, a todos los supuestos de legitimación indirecta¹²⁹³. Para ambos autores, se ejercita un derecho de acción propio para reclamar la tutela de una situación jurídica ajena¹²⁹⁴. El tercero no puede ejercitar la acción de otro en tanto no ocupa su mismo lugar¹²⁹⁵.

En defensa de esta idea se argumenta que la acción es forzosamente distinta, pues, de ser la misma, no se explica cómo la personación del titular material no acarrea la expulsión inmediata del legitimado indirecto, que hasta el momento actúa en juicio en virtud del derecho de acción del referido titular¹²⁹⁶.

¹²⁹² CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», cit., pp. 326 y ss.

¹²⁹³ CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 164 y 165.

¹²⁹⁴ Específicamente afirma CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», cit., p. 327, nota al pie 49: «El “sustituto” ejercita una acción propia fundada en la lesión de una situación jurídica de la que es titular; pero esta acción tiene por contenido una relación jurídica ajena». Así, parece acabar alineándose con la tesis de SATTÁ al reconocer que, como este último defiende, «nos hallamos ante un supuesto anormal de interferencia de relaciones jurídicas, ya que hay relaciones que no se agotan en la esfera jurídica de los sujetos que las han creado, sino que en su constitución o desarrollo interesan a otra relación, establecida entre uno de aquellos sujetos y un tercero. Si entre estas dos relaciones hay incompatibilidad, deriva una lesión para la tutela del propio derecho». Acaba concluyendo así, en la misma nota al pie, que no nos encontramos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, de disociación del derecho material y derecho de acción, sino ante un caso de legitimación ordinaria. Con todo, conviene subrayar que en texto defiende (p. 326): «El “sustituto” no posee otro derecho que el que integra la relación jurídica que le une con el “sustituido”», esto es, el sustituto no ostenta derecho material alguno.

¹²⁹⁵ Cfr. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 165. En el ejercicio de una acción autónoma y distinta por el tercero, este autor parece equiparar la subrogatoria a la revocatoria. Respecto de esta última, sin embargo, con apoyo en ORTIZ NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, 1979, pp. 66 y 67, defiende que subyace en la acción el derecho de los acreedores a mantener la integridad del patrimonio del deudor y reaccionar ante eventuales actos fraudulentos que aquel pudiera realizar. Vid. también pp. 116 y ss. En esta línea, y al igual que DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, cit., p. 48, nota al pie 67 bis, y MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 368, consideramos que la acción revocatoria ordinaria no es un supuesto de legitimación por sustitución, pues es claro que el acreedor demandante no ejercita un derecho ajeno (¿de quién?) sino propio. En contra, SERRA DOMÍNGUEZ, «Intervención de terceros en el proceso», *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1969, pp. 231 y 232.

Respecto a la acción subrogatoria, la tesis de CABAÑAS parece alinearse con la idea de ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», cit., p. 57: «el sustituto actúa un derecho propio a disponer de un derecho ajeno» (añadimos nosotros: siempre que se entienda que el derecho propio es el reconocimiento de un derecho de acción autónomo a ejercitar un derecho de otro).

¹²⁹⁶ Vid. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 165; asimismo parece desprenderse en CORDÓN MORENO, «De nuevo sobre la legitimación», cit., p. 327.

Esta tesis, pudiendo ser defendible en el ámbito de la acción subrogatoria, no es tan claro que lo sea en todos los supuestos de legitimación indirecta. A juicio de JUAN SANCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 163, respecto a la misma acción subrogatoria, no se puede negar que el tercero legitimado actúa por un interés propio y por ello no es seguro que ocupe la misma posición que el titular material en el proceso (aunque el sustituto esté supeditado al ejercicio de la acción principal por el sustituido).

Finalmente, plantea que la acción puede ser de titularidad compartida JUAN SÁNCHEZ. Se ofrece una tesis intermedia, para supuestos de legitimación indirecta¹²⁹⁷, con apoyo en el régimen de disponibilidad de la acción que amplía su ejercicio a sujetos distintos del titular material y que permite defender la existencia de situaciones jurídicas legitimantes de titularidad común o compartida en las que la acción no es exclusiva del titular material del derecho sustantivo. En la tutela judicial de intereses sin una subjetividad definida (v.gr., intereses colectivos o supraindividuales), esta construcción se reputa especialmente útil¹²⁹⁸.

La cuestión es destacadamente compleja una vez constituida la situación jurídica de concurso. De *lege data*, como expusimos, en relación a las acciones de los acreedores, opera un desplazamiento legal de la legitimación principal que recae en la administración concursal, con atribución de un poder material a favor de la masa activa. Por tanto, no se dota al administrador de una mera facultad procesal de ejercitar la acción del acreedor o acreedores, sino que es reconocido un derecho material imputable en el patrimonio concursal y ejercitable de *iure proprio* desde la declaración judicial de insolvencia. La administración concursal, al formular demanda con apoyo en la relación jurídico material del acreedor, pide para la masa activa y no para este último, con ingreso de lo obtenido, de resultar un pronunciamiento estimatorio de la pretensión, en ella.

En relación a las acciones primitivamente atribuidas al deudor *ex arts.* 120, 131.2 y 132 TRLC, es válido idéntico razonamiento con la particularidad de que, al ser los bienes y derechos de la masa activa titularidad de este, el fenómeno se descubre más intrincado.

La privación de legitimación al deudor con la declaración de concurso y su correlativo reconocimiento en la administración concursal no equivale a reconocer que

¹²⁹⁷ JUAN SÁNCHEZ en un trabajo previo («Nadie litiga por otro o la inexistencia de la legitimación extraordinaria: una clasificación de las situaciones legitimantes desde una perspectiva comparada franco-española», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 31, 2013, pp. 4 y ss.) defiende que en los supuestos de legitimación basada en un interés particular conexo (o indirecto), como ocurre con la acción subrogatoria, la acción que se ejercita es de titularidad plural, y, por tanto, el titular del interés litigioso y el titular del interés legitimante ejercen la misma acción. En un trabajo posterior (*La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 160 y 161, nota al pie 124) aboga por entender que el titular de la acción legitimante personal e indirecta ejerce una acción diferente, por encontrar fundamento en una posición legitimante distinta a la del titular material del derecho litigioso.

¹²⁹⁸ Para un exhaustivo tratamiento, vid. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 164 y ss.

esta, al deducir la pretensión en juicio, ejercita una mera facultad procesal a favor del concursado. La tutela judicial concreta que el administrador insta con la demanda se imputa subjetivamente en la masa, aun con fundamento en la relación jurídico material del deudor. Es decir, el administrador reclama una tutela jurisdiccional para el patrimonio concursal, con ingreso del bien o derecho en este núcleo patrimonial separado que queda sustraído a la libre voluntad del concursado y es sometido a un régimen jurídico propio¹²⁹⁹.

La declaración de concurso, en consecuencia, instaura una acción autónoma distinta de aquella que originariamente caía en la órbita de deudor y acreedores. Refuerza esta idea varios argumentos.

En primer lugar, la variación del sujeto que se halla en la posición jurídico-procesal adecuada para solicitar una concreta tutela a favor de la masa activa. Por cuanto uno de los elementos identificadores de la acción son los sujetos, la atribución de legitimación activa a un sujeto distinto de deudor y acreedores acarrea, de manera segura, el reconocimiento de una nueva acción.

A ello se adiciona que la *causa petendi* puede ser desigual. Los hechos a los que el Derecho atribuye relevancia jurídica para fundamentar una concreta tutela mudan con la situación jurídica de concurso. Y en tanto los hechos y fundamentos de derecho que integran la demanda y justifican la concesión de tutela jurisdiccional concreta no son idénticos es inexcusable identificar la existencia de una acción distinta.

En segundo lugar, el interés que fundamenta una y otra acción es desigual. Con la declaración de insolvencia, el interés del concurso pasa a constituir la única justificación válida para impetrar una concreta tutela jurisdiccional en los pleitos que inciden en la composición de la masa. Esto es, la aparición de un nuevo interés (concursal), distinto al interés del deudor y de los individuales acreedores, conduce indefectiblemente al reconocimiento de una nueva acción.

¹²⁹⁹ No extraña, pues, que DE LA OLIVA afirmara: «siendo cierto que dichos administradores no representan al concursado (...), es innegable, a nuestro juicio, que no actúan en interés propio. Actúan más bien, en interés de la masa de bienes y en su institucional cualidad o condición de administradores». Es decir, no siendo suyos los derechos que se hacen valer en juicio y no actuando por representación del deudor, sino en virtud de la condición de órganos institucionales «de las entidades *sui generis* que son esos patrimonios autónomos o masas de bienes (...) las acciones que los administradores afirman o ejercitan en un proceso, son más bien de la misma masa que de esas personas físicas» -en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 157-.

Este razonamiento engarza con el art. 6.1.4º LEC, proyección procesal de la función objetiva que los bienes que integran el patrimonio separado asumen legalmente. El régimen jurídico específico asociado a la declaración de concurso jerarquiza los intereses en juego de tal modo que la normal función de satisfacción del interés del deudor en la gestión de sus bienes es sustituida por el nuevo interés que halla reflejo en la masa separada.

La LEC invita, de esta suerte, a plantear una perspectiva distinta a la diseñada en el TRLC. El art. 6.1.4º LEC ofrece soporte normativo para defender, al menos en el régimen de suspensión, que el nuevo interés que impone la declaración de concurso recae sobre un nuevo ente -la masa activa-, distinto del concursado, al que se imputan las nuevas acciones. Y de igual modo se puede predicar respecto a los acreedores: su derecho o poder de naturaleza material de rescindir los actos perjudiciales realizados por el deudor en fraude de acreedores y/o de reclamación frente a los socios de la persona jurídica personalmente responsables de la deudas, se desplaza hacia el patrimonio separado, a quien se confiere un nuevo derecho de acción.

Como podemos inferir, la ficción estipulada inviste a la masa separada de autonomía funcional en el proceso para la protección de un interés determinado por la Ley, de prioritaria tutela jurisdiccional, no necesariamente coincidente con el interés del concursado. El derecho de acción resulta, pues, limitado al deudor, total o parcialmente según el régimen patrimonial, con atribución de un nuevo derecho de acción al patrimonio concursal cuando aquella restricción es total (arts. 120, 131.2 y 132 TRLC). Asimismo ocurre respecto a los acreedores, con privación absoluta o principal de su ejercicio (arts. 131.1 y 238 TRLC, respectivamente), y concesión de un nuevo derecho de acción a la masa activa.

En definitiva, resulta una redistribución de la posición jurídico-procesal de quien ha de actuar en defensa de la masa al hacer valer las referidas pretensiones, con relegación del deudor y de los acreedores¹³⁰⁰. Este alegato se revela insuficiente respecto a las acciones del art. 119.1 TRLC, acordada la intervención de las facultades patrimoniales, donde se han de valorar otros elementos.

¹³⁰⁰ Vid. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 212 y 213.

b) Respetto a las acciones nuevas asociadas a la declaración de concurso

En las acciones extraordinarias, de nuevo cuño, orientadas a engrosar el activo patrimonial, igualmente se observan ciertas especialidades.

Pese a la aparente atribución subjetiva del derecho de acción a la administración concursal (arts. 109, 231, 461 y 699 TRLC), o al deudor y a los acreedores (art. 94 TRLC) resulta dudoso que, técnicamente, deba ser así. En rigor, son instrumentos al servicio del destino del concurso que acaban cristalizando en un poder material de la masa activa.

En efecto, en la acción de reintegración concursal (arts. 226 y 697 TRLC) y en las acciones de los arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC se actúa un poder material en defensa del patrimonio concursal ante actos que se reputan perjudiciales para este, ya se hubieran realizado antes o después de la declaración de concurso.

Que el bien ingrese en el patrimonio del deudor puede llevar a imputar al concursado la titularidad de la acción. Descartamos esta interpretación por dos razones. De un lado, porque concluido el concurso la acción no puede ser ejercitada por aquel; desaparecida la situación de insuficiencia patrimonial o liquidados los bienes y derechos de la masa activa, con conclusión del concurso, se descartan los remedios extraordinarios orientados a su acrecimiento¹³⁰¹. De otro, porque estas acciones, en orden a asegurar la regular constitución de la *litis*, han de dirigirse frente al concursado y el tercero contratante. Insólito sería defender, pues, que el deudor es el titular de la acción siendo ejercitable en su contra, con fundamento en un potencial beneficio a la masa.

Idéntico razonamiento es extensible a la acción ejecutiva de las condenas derivadas de un concurso culpable (art. 461 TRLC). La administración concursal insta la ejecución de la condena impuesta al concursado persona natural, a los administradores, liquidadores, o directores generales de la persona jurídica, así como a

¹³⁰¹ En este sentido, el art. 505.2 TRLC prevé la posibilidad de reapertura del concurso concluido por deudor persona jurídica cuando, en el año siguiente a la fecha de conclusión por liquidación o insuficiencia de la masa activa, cualquiera de los acreedores insatisfechos indique en la solicitud de reapertura las concretas acciones de reintegración a ejercitar o, en su caso, los hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable. En todo caso, el ejercicio de tales acciones solo es posible si el juez acuerda tal reapertura.

cualquier tercero declarado cómplice, con integración de «todas las cantidades que se obtengan (...) en la masa activa del concurso».

Más discutible se presenta la cuestión respecto a la acción del art. 94 TRLC. A favor de una imputación subjetiva de este derecho en la masa activa milita la imposibilidad de que deudor y acreedores puedan alcanzar por la vía del art. 94 TRLC un daño individual directo (cfr. art. 98 TRLC). El perjuicio patrimonial exigible al amparo del art. 94 TRLC ha de recaer, sin excepción, en la masa activa: sea por disminución, falta o menor incremento del valor del activo (v.gr., pérdida de un bien de la masa o impago de un crédito debido), sea por un aumento del valor del pasivo (v.gr., asunción de nuevas obligaciones indebidas).

De esta suerte, la actividad probatoria de las partes ha limitarse a acreditar el nexo de causalidad entre la actuación de los administradores concursales y el daño a la masa¹³⁰². Su prueba en juicio, con éxito de la acción, redundará en el patrimonio concursal, y solo indirectamente el deudor o los acreedores valedores de aquella pueden ser beneficiarios del contingente pronunciamiento jurisdiccional estimatorio¹³⁰³.

En dirección opuesta, en contra de esta tesis, sirve que el derecho subjetivo sobre el que se articula la acción cae en la órbita dominical del concursado. Es irrefutable que una reducción de la masa activa consecuencia de una negligente actuación de la administración concursal determina un perjuicio directo para el deudor, y solo indirecto, en su caso, para los acreedores.

Ambos posicionamientos presentan obstáculos. Frente a esta última se puede aducir que una individualización de la aludida acción en el concursado no resiste el juego de la interpretación conjunta de los arts. 94 y 98 TRLC. Más fácil solución se descubre si estimamos que se trata de una acción que se hace valer en beneficio de la masa -y en su interés¹³⁰⁴⁻¹³⁰⁵. Además, esta tesis no es coherente con la idea de que el

¹³⁰² Cfr. JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 36 LC», cit., pp. 731 y 732; asimismo, VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 36», cit., p. 467. Cuestión distinta es la concurrencia de otros factores que puedan aminorar su responsabilidad (v.gr., autorización del juez del concurso). Sobre esta última cuestión, TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 617.

¹³⁰³ Con crítica a la posibilidad de que deudor y acreedores puedan entablar esta acción indemnizatoria, de carácter compensatorio, habiendo sufrido un daño parcial, TIRADO, *Los administradores concursales...*, cit., p. 679.

¹³⁰⁴ Maneja un concepto de “interés colectivo” del deudor y de los acreedores a preservar la integridad de la masa, con ejercicio de una “acción colectiva”, QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores concursales», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 7, 2007, pp. 19 a 21 (versión digital).

deudor padece una privación de la legitimación *ad causam* tras la declaración de concurso en relación a las pretensiones a favor de la masa (al menos en suspensión), a no ser que se postule que tal privación o limitación de legitimación opera respecto a todas las acciones de que es titular el deudor a excepción de la prevista en el art. 94 TRLC.

En contra de la primera tesis, se puede argumentar que el soporte normativo para atribuir la titularidad de la acción a la masa es exigua. Junto al silencio del TRLC, la habilitación y reconocimiento de la capacidad para ser parte al patrimonio separado *ex art. 6.1.4º LEC* es insuficiente al quedar limitado al régimen de suspensión.

Sin perjuicio de lo expuesto, a nuestro juicio, el art. 94 TRLC reconoce una acción para hacer valer un poder material que se integra en la masa activa, en conjunción con el resto de instrumentos descritos que revelan la atribución de un poder de igual naturaleza.

6. LA LEGITIMACIÓN *AD CAUSAM* DE LA MASA CONCURSAL Y LA CONFIGURACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ACCIONES CON INCIDENCIA PATRIMONIAL. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

El desplazamiento subjetivo descrito tras la declaración de concurso, con reubicación de las posiciones procesales de quien ha de procurar la defensa en juicio del patrimonio separado, no halla reflejo en las reglas de legitimación que recoge el TRLC.

Descartado que en las peticiones de tutela patrimonial a favor de la masa existe soporte para hacer descansar en la administración concursal la legitimación *ad causam*, hemos de identificar el sujeto que, por su vinculación con la fundamentación de la pretensión, debe gozar de tal habilitación legal.

¹³⁰⁵ La acción de responsabilidad del art. 94 TRLC prescribe a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio que reclama, o, en todo caso, desde que los administradores o auxiliares hubieran cesado en el cargo (art. 97 TRLC). No es improbable, en consecuencia, que tras la conclusión del concurso se ejercite este tipo de acción extramuros del proceso concursal. Al menos, así se infiere a luz de lo dispuesto en el art. 505.2 TRLC, que limita a las acciones de reintegración y a las acciones que puedan conducir a una calificación de concurso culpable la posibilidad de instar la reapertura del concurso.

Cuestión distinta es que las acciones ejercitables *ex art. 94 TRLC* debieran estar incardinadas en el mismo precepto, con modificación del art. 505.2 TRLC, que restringe las opciones de reapertura al año siguiente a la fecha de conclusión del concurso. Nótese lo chocante de reconocer el ejercicio de este tipo de acción fuera del proceso concursal máxime atendiendo a lo previsto en el art. 99 TRLC.

Específico tratamiento merece, por el desigual escenario que acoge, el estudio de la legitimación en las acciones ejercitadas cuando se decreta el régimen de intervención (art. 119.1 TRLC).

- *Propuestas de lege ferenda en la configuración de las reglas de legitimación activa de las acciones con incidencia patrimonial*

En la confección de las reglas de legitimación, el interés legitimante constituye el fundamento de la atribución de este presupuesto subjetivo de la acción. En principio, los cánones que perfilan la legitimación deben atender a este interés como principal elemento para su diseño¹³⁰⁶.

Las aludidas reglas constituyen el elemento legitimador: en virtud de ellas «se designa el sujeto habilitado legalmente para promover la defensa judicial de un interés determinado»¹³⁰⁷. Ahora bien, el interés legitimante, siendo un elemento necesario, no constituye condición suficiente para facultar a un sujeto a defender una concreta pretensión ante los tribunales. Es precisa una expresa norma habilitadora que invista subjetivamente del aludido presupuesto procesal atinente al fondo del asunto planteado¹³⁰⁸.

Como ya avanzamos, los cánones de legitimación estipulados en el TRLC, atendiendo al interés al servicio del cual se estatuyen, son técnicamente defectuosos. Por cuanto el administrador concursal no insta la tutela jurisdiccional por un interés propio, sino por un interés ajeno¹³⁰⁹, hemos de diseccionar este último para perfilar subjetivamente quién ha de gozar de tal legitimación.

¹³⁰⁶ JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 137: «el interés legitimante es el auténtico, y principal, elemento a tener en cuenta para analizar la legitimación en cada proceso».

¹³⁰⁷ Cfr. ibídem.

¹³⁰⁸ Vid. ibídem. Es así que las reglas de legitimación, partiendo de la titularidad del interés legitimante sobre las que se establecen, constituyen el elemento complementario necesario para la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Se trata de reglas, que aun siendo diversas, contienen un elemento común: «una habilitación expresa para ejercer en juicio el interés propio de su posición legitimante» (ibídem, p. 251).

De esta suerte, se ha de distinguir el elemento legitimador, el que legitima u otorga legitimación (la regla), del elemento legitimante (el interés o la posición), el que se predica del que está en el lugar para poder ser legitimado (ibídem, passim).

¹³⁰⁹ Prueba de ello es que la administración concursal, ante el incumplimiento de sus obligaciones, debe responder de los daños y perjuicios causados, o ante el normal ejercicio de sus cometidos percibe una retribución. Ambos extremos constituyen manifestación de que la función encomendada procura un interés ajeno, y a tal fin se proponen estímulos (positivos y negativos) para

6.1. La titularidad del interés del concurso y su reflejo en las reglas de legitimación activa

La acción no se puede hacer valer si no es por quien se halla en una determinada posición dentro de una concreta relación o situación jurídica¹³¹⁰. La legitimación se ha de configurar legalmente con apoyo en la posición que ocupan los sujetos respecto al interés jurídico deducido en juicio (interés litigioso), constituyendo esa posición la base del reconocimiento de un interés jurídico diferente del que es deducido (interés legitimante)¹³¹¹.

Sabido que el interés del concurso se erige en el interés legitimante que sirve de fundamento en las concretas pretensiones invocadas en juicio tras la declaración de concurso, la identificación subjetiva del titular de este interés permite resolver la cuestión.

6.1.1. En las acciones reconocidas legalmente a raíz de la declaración de concurso

a) En las acciones de responsabilidad por daño a la masa (art. 94 TRLC), de reintegración concursal (art. 226 y 697 TRLC) y de ejecución de la sentencia de condena dictada en calificación (art. 461 TRLC)

Como afirma MONTERO, desde la perspectiva de la legitimación, el interés viene identificado con «la ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada en el proceso», de tal modo que «su existencia viene determinada por la efectividad de esa utilidad»¹³¹².

Con apoyo en esta configuración positiva del interés, en las acciones de responsabilidad *ex art. 94 TRLC*, de reintegración concursal (arts. 226 y 697 TRLC) y ejecutivas de la condena derivada de la sección de calificación (art. 461 TRLC), la aludida utilidad o ventaja recae directamente en la masa activa¹³¹³, que ve garantizada

garantizar su adecuado cumplimiento. De esta manera, el quehacer asignado es vinculado a un deber, en orden a asegurar no un interés propio sino un interés de otros.

¹³¹⁰ Cfr. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 164.

¹³¹¹ Vid. JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., p. 133.

¹³¹² Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 205.

¹³¹³ Respecto a las acciones de reintegración concursal, en relación a la LC, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 166.

su integridad con la rescisión o compensación de aquellos actos que se valoren perjudiciales para la misma.

En términos del art. 94 TRLC, «los administradores concursales y auxiliares delegados responderán (...) de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia»; y en expresión del art. 226 TRLC, «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». En ambos enunciados el perjuicio a la masa activa constituye el presupuesto objetivo que ha de concurrir para que, junto al resto de condiciones, sea estimada la pretensión.

La delimitación del referido perjuicio adquiere una notable significación en la concreción de la legitimación.

En relación al art. 94 TRLC, el perjuicio patrimonial ha de imputarse directamente a la masa activa. La infracción de la ley o el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo sin la debida diligencia del administrador o auxiliar delegado han de causar un perjuicio al conjunto de bienes y derechos del patrimonio concursal¹³¹⁴. La carga de la prueba recae en el demandante que insta la acción, que ha de acreditar la negligencia en el proceder del administrador o auxiliar (por acción u omisión), el daño efectivo al patrimonio y el nexo de causalidad entre uno y otro hecho¹³¹⁵, solicitando en el suplico de la demanda una indemnización para la masa¹³¹⁶.

Demuestra lo expuesto que, el perjuicio individual, como sabemos, queda fuera del ámbito objetivo de aplicación de esta norma, para el que se estipula una acción distinta en el art. 98 TRLC¹³¹⁷. Por la vía de art. 94 TRLC, en ningún caso se atenderá la tutela que pidan para sí deudor, acreedores o terceros, por actos u omisiones de los

¹³¹⁴ Habla de deterioro injustificado de la masa patrimonial, sea en concepto de daño emergente o de lucro cesante, fundamentalmente atendiendo al principio de continuidad de la actividad empresarial o profesional, QUIJANO GONZÁLEZ, «La responsabilidad de los administradores concursales», cit., p. 4 (versión digital).

¹³¹⁵ Sobre tales presupuestos materiales de la responsabilidad, QUIJANO GONZÁLEZ, ibídem, pp. 3 a 9.

¹³¹⁶ Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 36», cit., p. 467.

¹³¹⁷ Sobre los aspectos que diferencian ambas acciones en relación a la LC (arts. 36.1 y 36.6; actuales arts. 94 y 98 TRLC), vid. DÍAZ-REGAÑÓN/UREÑA, «Comentario al artículo 36», cit., pp. 343 y 344.

administradores concursales o auxiliares delegados, con reparación inmediata en su esfera jurídica; esta tutela individual, a lo sumo, se obtendrá de forma oblicua o refleja¹³¹⁸.

De igual modo se infiere respecto a la acción de reintegración concursal. El interés de la masa es el que ha de ser valorado a la luz del examen de su presupuesto objetivo: «serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa (...)» (art. 226 TRLC).

Perjuicio a los acreedores y perjuicio a la masa activa no son locuciones homólogas¹³¹⁹. La literalidad del TRLC y el estudio de algunos supuestos (v.gr., las presunciones de los arts. 227 y 228 o el elenco de actos no rescindibles *ex art.* 230 TRLC) constatan esta realidad.

Se evidencia así, por ejemplo, en los actos de constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes (art. 228.2º TRLC) o en los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones de normalidad (art. 230.1º TRLC)¹³²⁰. En estos casos, el acto puede reputarse perjudicial para los acreedores, pero exclusivamente cuando se pruebe el perjuicio a la masa ha de ser estimada la pretensión¹³²¹. La protección de los acreedores es, nuevamente, a lo sumo, refleja o mediata¹³²².

Finalmente, igual imputación directa a la masa se ha de predicar de la acción ejecutiva de la condena derivada de la sección de calificación (cfr. art. 461.2 TRLC).

¹³¹⁸ Entre otros, vid. DÍAZ-REGAÑÓN/UREÑA, «Comentario al artículo 36», cit., p. 344; VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 36», cit., p. 467, y, TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales...*, cit., pp. 653 y 654;

¹³¹⁹ Sostienen este parecer, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», cit., pp. 356 a 358; HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 164 y 165; CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Pamplona, Civitas, 2004, pp. 370 y 371; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La rescisión concursal de los actos dispositivos procesales», cit., p. 175; y, ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, cit., pp. 113 y ss.

En contra, abogan por superponer ambos conceptos, LEÓN SANZ, «El sistema de reintegración concursal», cit., pp. 241 y ss. y en «Comentario al artículo 71», cit., pp. 1307 y 1308, y, FERNÁNDEZ SEIJO, «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», cit., p. 231.

¹³²⁰ Vid., con mayor grado de detalle, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», cit., pp. 356 a 358; asimismo, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 164 y 165.

¹³²¹ Sobre la cuestión, *in extenso*, vid. *supra* Capítulo III.

¹³²² Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», cit., p. 358, y, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 165 y 166.

b) En las acciones de impugnación ante la contravención de las limitaciones impuestas al concursado en sus facultades patrimoniales (arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC)

Desde el punto de vista de la legitimación, en un sentido negativo, el interés viene determinado por «el perjuicio que le podría ocasionar, en su relación o situación jurídica, la realización de una actividad por otra persona»¹³²³.

Las acciones contempladas en los arts. 109 y 405.2 y 558.2 TRLC se orientan a evitar este perjuicio. Sin embargo, en la impugnación de los actos consumados por el deudor conculcando las limitaciones impuestas, sean legales o convencionales «por contravención del propio convenio», la administración concursal no ha de acreditar el perjuicio a la masa¹³²⁴. El aludido menoscabo no constituye expresamente un presupuesto objetivo para la estimación de la acción cuya oportunidad es confiada al administrador concursal dentro del ámbito de discrecionalidad de que goza en la concreción del interés del concurso.

Ello no distorsiona la tesis sostenida¹³²⁵. Nótese que una decisión arbitraria del administrador ante la infracción de las limitaciones patrimoniales, con generación de un daño a la masa, puede ser reivindicado judicialmente, con resarcimiento por parte de aquel (o, en su caso, del auxiliar delegado) por la vía del art. 94 TRLC.

Lo afirmado confronta con la estimación de la acción de ineficacia que se puede emprender frente a los actos realizados durante la fase de cumplimiento del convenio

¹³²³ Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 205.

¹³²⁴ En este sentido, DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», cit., p. 1850, para quien frente a la pretensión de anulación no será suficiente, en orden a defender su eficacia, que el acto o contrato no es perjudicial para el interés del concurso. Idéntico criterio sostiene, MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 33.

¹³²⁵ Ello conecta con la atribución de legitimación exclusiva a la administración concursal para impugnar los actos del deudor realizados en infracción de las limitaciones a las facultades patrimoniales. En tanto el perjuicio a la masa no constituye un presupuesto objetivo para la estimación de la acción, que queda limitada a la conculcación de las aludidas limitaciones, una extensión de legitimación subsidiaria a los acreedores, como ocurre en arts. 122 y 232 TRLC, no asegura el resultado pretendido por el legislador en la conservación de la masa. La decisión de uno o varios acreedores, en contra del criterio de la administración, podría generar un daño al patrimonio concursal al anular un acto no perjudicial o beneficioso para él (vid. DÍAZ MORENO, «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», cit., p. 1869, y MARÍN LÓPEZ, «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», cit., p. 33). No ocurre de igual modo con la legitimación atribuida a la administración concursal que ha de actuar con «la diligencia de un ordenado administrador y de un legal representante» (art. 80 TRLC), con resarcimiento de los daños y perjuicios causados a la masa (art. 94 TRLC).

con «alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias» o la acción de reintegración respecto a aquellos «perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante esa fase si se acreditara la concurrencia de fraude» (art. 405.2 TRLC). En estas acciones, el perjuicio, desde la perspectiva de la *par conditio*¹³²⁶ o por la concurrencia de fraude, debe recaer sobre la masa activa con refuerzo de los requisitos para su estimación judicial.

c) El reflejo de la titularidad del interés del concurso que fundamenta las acciones de los arts. 94, 109, 226, 405.2, 558.2 y 697 TRLC en las reglas de legitimación activa

El difícil encaje de la legitimación en el administrador concursal es síntoma de lo que constituye un erróneo -y heredado- reconocimiento de base. Las soluciones doctrinales que se han ofrecido para explicar el fenómeno, incluso las generalmente aceptadas, no aciertan en el manejo de la técnica procesal y, salvo alguna contada excepción, ninguna se apoya en el interés como fundamento explicativo de la legitimación.

La aludida problemática se exhibe con nitidez en la acción de reintegración concursal, ampliamente estudiada por la doctrina.

Dogmáticamente, la tesis que mayores apoyos ha recabado postula una legitimación por sustitución de la administración concursal¹³²⁷. Un destacado número de autores defiende que la acción ejercitada por la administración concursal halla fundamento en el derecho subjetivo privado que pertenece a los acreedores, de tal suerte que «son ellos -al decir del art. 10 LEC- los *titulares de la relación jurídica u*

¹³²⁶ El deudor sometido al convenio no goza, en consecuencia, de libertad para atender el pago de los créditos que le afectan sin respetar ningún criterio de igualdad más allá de lo dispuesto en el convenio. Se adapta, así, a la fase de su cumplimiento aquella doctrina jurisprudencial que aboga por entender que «cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido» - STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012)-.

¹³²⁷ En este sentido, sin mayor argumentación, LINACERO DE LA FUENTE, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, cit., p. 206. A favor de una legitimación indirecta, ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, cit., p. 202, nota al pie 341.

En el régimen español precedente al instaurado con la LC de 2003, en el ejercicio de estas acciones, ya señalaba la legitimación indirecta de los síndicos por sustitución procesal, MUÑOZ ROJAS, «Algunas facetas de los juicios universales», *Constitución, Derecho y Proceso. Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragües*, nº 940 de la Institución Fernando el Católico, ed. Cometa, Zaragoza, 1983, pp. 590 y 591. En la jurisprudencia, se decantaba por la legitimación por sustitución, entre otras, la STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4438).

objeto litigioso y debería haberles correspondido, a título de *legitimación propia o directa*, la acción de impugnación»¹³²⁸.

En contraposición, un grupo minoritario de estudiosos sostiene que esta legitimación opera respecto al deudor y no respecto a los acreedores¹³²⁹, admitiendo que se trata de una legitimación por sustitución *sui generis* en la que el sustituto es la administración concursal¹³³⁰.

Finalmente, HERRERO PEREZAGUA ha planteado que, con apoyo en el interés de la masa, la administración se erige en el salvoconducto necesario para que el patrimonio concursal pueda comparecer en juicio¹³³¹. De esta suerte, el administrador o administradores concursales gozan de la facultad de dirección procesal y, por ende, de la capacidad de conducción para hacer valer judicialmente acciones que son titularidad de la masa activa. En aplicación de la fórmula consagrada en los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC, la legitimación ha de ser conferida al aludido patrimonio separado.

¹³²⁸ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 876, para quien lo que ha decidido el legislador es anteponer a los directamente interesados una específica legitimación por sustitución que se otorga a la administración concursal. De igual modo, CORDÓN MORENO, *El proceso concursal*, 3ª ed., cit., p. 208. Sirviéndose de la fórmula de la legitimación indirecta, MARTÍN REYES, «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, tomo IV, p. 4185.

Con carácter previo a la entrada en vigor de la LC, defiende una legitimación indirecta del órgano de administración respecto a los acreedores, DÍAZ MARTÍNEZ, «Presente y futuro de las acciones de reintegración», *Diario La Ley*, nº 5640, 24 de octubre de 2002, año XXIII, p. 8 (versión digital).

En el régimen precedente al de la LC, no siendo pacífica la cuestión, algunos autores sostenían que en el ejercicio de estas acciones, con apoyo en el art. 1366 LEC/1881, los síndicos actuaban como representantes de la totalidad de los acreedores del quebrado [en este sentido, MASCARELL NAVARRO, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Comares, Granada, 1994, pp. 209 y 210, y, SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 273; en jurisprudencia, vid. STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 1965 (RA 5612)].

¹³²⁹ En la quiebra hallamos quien abogaba porque los síndicos, al ejercitar la acción de retroacción del art. 878.2 CCom, sustituirían al quebrado [entre otros, ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, pp. 32 y 33; en jurisprudencia, STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1974 (RA 1128)].

¹³³⁰ Cfr. SILVETTI, «Comentario al artículo 72» (actualizado para la 2ª ed. por CORDÓN MORENO), *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 821: «en primer lugar, el fundamento del reconocimiento de legitimación al sustituto (la administración concursal) no es la titularidad de una relación que le vincule con el sustituido (deudor) de la que derive un interés en el ejercicio de la acción, sino el interés de la masa de la que dicho órgano ostenta una especie de representación orgánica; y en segundo lugar, la exclusividad en la atribución de legitimación, con la correspondiente privación de la misma al deudor, supone que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos normales de sustitución procesal (la acción subrogatoria, por ejemplo), éste (el deudor) ve expropiada su acción».

¹³³¹ En «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 168, negando expresamente la legitimación por sustitución. En este sentido, asimismo, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, cit., p. 335.

Esta es, a nuestro juicio, la tesis técnicamente aceptable, que debiera hallar expresión en la norma concursal. Es precisa, pues, una reforma del TRLC que ajuste los cánones de legitimación al interés para el cual se estipulan y sirven.

6.1.2. En las acciones de deudor y acreedores preexistentes a la declaración de concurso

a) En las acciones titularidad original del deudor (arts. 119, 120, 131.2 y 132 TRLC)

a. En el régimen de suspensión

En relación a la legitimación, la dificultad asociada a este grupo de acciones radica en la identificación del titular del interés que fundamenta su ejercicio. La utilidad jurídica o el perjuicio al deudor siempre constituye una ventaja o menoscabo a la masa activa, lo que impide deslindar los resultados, favorables o adversos, que fundamentan la atribución de la legitimación activa. Ambos centros de imputación subjetiva están interconectados por lo que la observación de la titularidad del interés exige la valoración de otros elementos.

El alcance de la locución legal «interés del concurso» y su deslinde del interés del deudor en la tutela jurisdiccional de sus derechos, no reputándose sencilla, sí es posible. Adviértase que aquel interés se concreta en la maximización del valor de la masa activa, por lo que el administrador, al formar su decisión ha de realizar un juicio de oportunidad basado estrictamente en este incremento patrimonial. Esto es, al resolver sobre la procedencia de ejercitar la pertinente acción (arts. 119.2, 120.1, 131.2 y 132 TRLC), autorizar su interposición por el deudor (arts. 119.1 y 120.3 LC), e incluso llevar a cabo o aprobar un acto de disposición del objeto del proceso (arts. 119.1 y 120.4 TRLC), el interés del deudor queda relegado a un segundo plano. En la realización de tales actos procesales, las razones o utilidades extraprocesales que pueda aducir el concursado resultan irrelevantes en tanto no impliquen, en términos crematísticos, ventaja o perjuicio para la masa activa.

- b. En el régimen de intervención y en el ejercicio de acciones de “índole personal”

El escenario procesal descrito es desigual en las acciones del art. 119.1 TRLC, acordado el régimen de intervención. Aparentemente, el deudor conserva la legitimación, aunque sometido a la autorización de la administración concursal. En estas circunstancias, el deslinde entre el interés del deudor y el interés del patrimonio separado se constata con más facilidad atendiendo a las siguientes previsiones legales.

En primer término, el deudor «necesitará la autorización de la administración concursal para presentar demandas, interponer recursos (...)» (art. 119.1 TRLC); requisito contemplado, asimismo, al margen del régimen acordado «en los procedimientos civiles en los que se ejerciten acciones de índole personal¹³³² (...) cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa» (art. 120.3 TRLC)¹³³³.

¹³³² La LC, en su inversa, empleaba en el art. 54.1 la expresión «acciones de índole no personal», quedando el ejercicio de las demás acciones a instancia del deudor. Ya entonces se reputaba más acertada la dicción contenida en la versión primigenia del Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 presentada por el Gobierno: «acciones de índole exclusivamente patrimonial» (art. 53.1); fórmula, además, que se manejaba respecto a los acreedores en el art. 54.4 TRLC: «acción del concursado de carácter patrimonial».

¹³³³ Es claro, pues, que el ejercicio de las acciones relativas a los derechos de la personalidad del deudor no recae en la administración concursal. En estas, la legitimación es conferida al deudor, que precisará la autorización de la administración concursal «para presentar la demanda o interponer recursos, allanarse, transigir o desistir cuando por razón de la materia litigiosa la sentencia que se dicte pueda afectar a la masa activa» (art. 120.3 TRLC).

De este modo es generalmente admitido en la doctrina (entre otros, en relación a la LC, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., pp. 627 y 628; MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 539; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, cit., p. 295; BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1023; y, MARTÍNEZ FLÓREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», cit., p. 71, nota al pie 9). Matizando el tenor legal, en una postura no desdeñable, vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, cit., pp. 81 y 82, que propone que en las acciones que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (Título I del Libro IV de la LEC) o las interpuestas en un juicio por alimentos debidos por disposición legal o por otro título, el deudor no debe necesitar la anuencia de la administración concursal: «se trata, entiendo, de juicios que afectan a la esfera estrictamente personal del quebrado (...) y que, aunque puedan tener alguna significación patrimonial, no deben caer dentro del ámbito de control y fiscalización de la administración concursal».

Discutible se presenta, asimismo, el ámbito de actuación de la administración concursal en los procesos que afectan al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen cuando se pide una indemnización económica. En estos, aunque se está sustanciando una cuestión estrictamente personal que atañe, en exclusiva, al concursado, hallamos un elemento patrimonial perfectamente escindible que, a nuestro juicio, exige la participación de la administración concursal. En una posición más extrema, en relación a la LC, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, cit., p. 311, que se decantaba por una «sustitución del concursado por la administración concursal (...) ya que la defensa de los eventuales específicos intereses de índole personal del concursado quedan en todo caso garantizados por la aludida vía de mantener su propia representación causídica y defensa letrada separada».

En segundo lugar, el deudor precisa de la anuencia de la administración concursal para desistir, allanarse (total o parcialmente) y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda incidir en la masa activa (art. 119.1 TRLC)¹³³⁴; de igual modo está previsto para los procedimientos de mediación y arbitrales en trámite en el momento de la declaración de concurso (art. 140.2 TRLC, en el régimen de intervención), y para los referidos procesos civiles en los que se hagan valer acciones de «índole personal» con repercusión patrimonial (art. 120.3 TRLC).

El interés del deudor en la interposición de una demanda o recurso, o en la realización de un acto de disposición procesal, deviene pues estéril si no cuenta con el plácet de la administración concursal; esta ha de valorar exclusivamente el coste o beneficio para la masa activa, o lo que es igual, su convergencia con el interés del concurso.

En tercer lugar, «si la administración concursal estimara conveniente para el interés del concurso la presentación de una demanda y el concursado se negare a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquella a presentarla» (art. 119.2 TRLC). El régimen jurídico aplicable supedita así el interés del deudor al interés de la masa activa, con atribución, aun decretado el régimen de intervención, de un nuevo derecho de acción a favor de aquella.

En definitiva, se funda un sistema que asegura la realización del interés de la masa separada, con sujeción de la actividad procesal del concursado al control de la administración concursal.

Similar esquema se reproduce en el escenario de un proceso penal cuando se acumula la acción civil para la declaración y ejecución de obligaciones nacidas de un acto punible. Ejercitada la acción civil -bien junto a la penal, bien de manera separada- parece obligada la intervención de la administración concursal. Más intrincado se muestra el asunto cuando el concursado ocupa la posición pasiva como procesado o acusado. En tales procesos, estimamos que el concursado no puede realizar actos dispositivos que afecten a su patrimonio concursal sin contar con la autorización de la administración concursal (incluida una eventual conformidad en lo que afecta al objeto civil -cfr. arts. 655 y 695 Ley de Enjuiciamiento Criminal-), y, de ser ejercitada acción civil, es razonable que, en función del régimen decretado, la defensa del patrimonio concursal corresponda a la administración o al deudor con su control. Nótese que tal fenómeno de escisión entre responsabilidad penal y civil ya acontece cuando esta última recae sobre persona distinta de la encausada. En este sentido, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, cit., p. 313.

¹³³⁴ El nuevo art. 119.1 TRLC integra la laguna existente en el derogado art. 54.2 LC, que guardaba silencio sobre la necesidad de contar con la aquiescencia de la administración concursal para realizar actos de disposición del objeto en los procesos nuevos instados por el concursado.

b) En las acciones titularidad original de los acreedores (arts. 131.1 y 238 TRLC)

La subrogación en la posición subjetiva del acreedor o acreedores perjudicados asociada a la declaración de concurso desencadena la asunción por la masa separada de ciertas facultades materiales propias de aquellos. Tanto es así que, como demostramos, el perjuicio al acreedor concursal adquiere relevancia exclusivamente en la medida que comprenda un perjuicio para la masa activa.

Esta atribución material viene asociada a la concesión de un nuevo derecho de acción para su reclamación en juicio.

c) El reflejo de la titularidad del interés que fundamenta las acciones de los arts. 119, 120, 131, 132 y 238 TRLC en las reglas de legitimación activa

En las acciones de los arts. 131.1 y 2, 132 y 238 TRLC, con independencia del régimen decretado, y del art. 120 TRLC, cuando se acuerda el régimen de suspensión, la declaración de concurso viene sucedida de modificaciones de destacada relevancia con redistribución de la posición legitimante: se priva de la titularidad del interés legitimante a deudor y acreedores con desplazamiento de este hacia la masa activa.

Entonces, ¿debe ser reconocido legalmente un fenómeno de legitimación por sustitución del patrimonio separado (art. 6.1.4º LEC) respecto al deudor o los acreedores?¹³³⁵

Concebida la legitimación por sustitución como aquella en virtud de la cual el sustituto actúa en nombre e interés propio con base en una relación jurídica ajena, podríamos estimar que, *a priori*, el supuesto halla acomodo en la categoría. De existir norma habilitadora concediendo legitimación a la masa separada, esta gozaría de tal título de legitimación por sustitución al hacer valer acciones que se fundan en la

¹³³⁵ En relación al derogado art. 54 LC, extensible al actual art. 120 TRLC, así es defendido por CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 627: «habrá que tener en cuenta que la administración concursal no ostenta la cualidad de sustituto procesal en sentido estricto, sino que más bien asume la representación procesal de la masa de bienes del concurso (cfr. art. 7.5 LEC) que es la que en realidad sustituye al deudor y tiene interés propio en el litigio». En este sentido, asimismo, SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», cit., p. 322 y nota al pie 18.

titularidad de derechos de otros, en nombre e interés propio, ostentando la administración concursal su representación necesaria (art. 7.5 LEC)¹³³⁶.

Sin embargo, esta categorización se reputa discutible si llevamos a cabo un examen detenido de la figura.

De una parte, en el descrito fenómeno no nos hallamos ante un encadenamiento de relaciones intersubjetivas concretadas legalmente donde la satisfacción del interés de una concreta relación permite solicitar la tutela de otra relación conexas a ella¹³³⁷. No subyace una relación negocial previa (al menos en las acciones titularidad original del deudor) cuyo interés se evita perjudicar¹³³⁸, fundamento de la concesión de este tipo de legitimación.

Sin excepción, el interés que el ordenamiento intenta salvaguardar al investir de este título a un sujeto ajeno a la relación jurídica deducida responde al perjuicio que la inactividad del titular del derecho puede irrogar en el tercero con el que mantiene otra relación¹³³⁹. La sustitución implica, por ende, una ampliación de legitimación a terceros no titulares de la relación material, y nunca una privación de legitimación al titular originario¹³⁴⁰.

¹³³⁶ De esta opinión, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 157, y CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 627.

No entendemos, sin embargo, aquella idea defendida por un grupo autorizado de autores para los que la legitimación recae en la administración concursal y, al mismo tiempo, propugnan la aplicación de los arts. 6.1.4º y 7.5 LEC (entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 328; RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 292; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 544). A nuestro juicio, resulta incompatible atribuir la legitimación a la administración concursal, que sería la parte, y a la vez conferir esta última condición a la masa, adquiriendo el administrador la cualidad de representante necesario.

¹³³⁷ La existencia de estas dos relaciones jurídicas es nota característica de la legitimación por sustitución; entre otros, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 335 y 336; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 157; y NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 43.

¹³³⁸ Vid. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 44, dada la definición que proporciona de la sustitución procesal.

¹³³⁹ En esta cuestión parece existir unanimidad en la doctrina. Entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 335; NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., p. 43; CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 95; y, por los supuestos que acoge, JUAN SÁNCHEZ/ORTELLS RAMOS, «Capítulo 6», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 121 y 122.

¹³⁴⁰ En este sentido, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 328, y, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 167. No parece entenderlo de este modo, empleando la formulación más amplia de legitimación indirecta, que acoge la sustitución, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 95.

Sin embargo, en el concurso esta inactividad del titular es impuesta, al menos en el régimen suspensión, con despojo de su legitimación¹³⁴¹, para garantizar una tutela jurisdiccional ajustada al interés de la masa.

De otra parte, si la legitimación por sustitución es acotada a la posibilidad legal del sustituto de hacer valer en juicio el derecho del sustituido, sin reconocer la existencia de un nuevo derecho material a su favor, la figura también debe ser desechada.

Respecto a esta cuestión, la doctrina no ha mantenido un parecer unánime. Algún autor ha defendido que se actúa en virtud de una legitimación por sustitución exclusivamente cuando el actor sustituto no reclama para sí, sino que pide para el sustituido, con el efecto de que el bien ingresa en el patrimonio de este último¹³⁴². Pero también localizamos otros autores que abogan por una posición más flexible, admitiendo en la categoría de la legitimación por sustitución hipótesis en las que, con base en el derecho del sustituido, el bien objeto de la pretensión de condena ingresa directamente en la esfera jurídica del sustituto¹³⁴³.

En este sentido, como ha señalado CORDÓN MORENO en relación a las acciones del derogado art. 54 LC y extensible a las del art. 120 TRLC: «a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de sustitución procesal (acción subrogatoria, por ejemplo), se produce una verdadera subrogación en el derecho u obligación ejercitados; aunque el derecho (o la obligación) continúa perteneciendo al deudor, los efectos del acto de

¹³⁴¹ Lo que motiva descartar el supuesto de la legitimación por sustitución respecto a las acciones del art. 120 TRLC (respecto al derogado art. 54 LC, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 328), y de reintegración concursal (vid. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 167).

¹³⁴² Cfr. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 337. En coherencia, en todos los supuestos que admite en la categoría (pp. 355 y ss.), el sustituto exclusivamente ejercita una facultad procesal, pidiendo no para sí sino para el sustituido.

¹³⁴³ Así se infiere de JUAN SÁNCHEZ/ORTELLS RAMOS, «Capítulo 6», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 121 y 122, al admitir el supuesto de reclamación del asegurador frente a los que provocaron el daño (art. 43.1 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro -en adelante, LCS-) entre los supuestos de legitimación por sustitución; de igual modo, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 120, al acoger la hipótesis del art. 1552 CC (la acción del arrendador contra el subarrendatario por el impago de rentas o cantidades asimiladas); y NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 84 y ss., que aunque descarta los dos anteriores supuestos como auténticos de sustitución, sí acoge la acción de los auxiliares del contratista contra el dueño de la obra del art. 1597 CC. En contra, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 344, 345, 349 y 350.

Respecto a la cuestión que nos ocupa, esta posición más flexible, al considerar que la masa actúa con legitimación por sustitución, puede verse en los ya citados trabajos de DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-PICAZO GIMÉNEZ), cit., p. 157, y CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 627.

ejercicio no ingresan en su patrimonio (como ocurre en la acción subrogatoria), sino en el de la masa»¹³⁴⁴.

El supuesto de hecho que evaluamos es, como ya advertíamos, singular¹³⁴⁵. En realidad, el fenómeno exhibe una serie de particularidades -más allá del patrimonio al que se impute el resultado favorable de la estimación de la pretensión- respecto a las hipótesis típicas de sustitución procesal, con subsiguiente separación de la aludida categoría. Aunque ya estudiadas, en aras a la claridad de esta afirmación, conviene concretar sus especialidades.

En primer término, en el régimen de suspensión, y en intervención de ejercitar la acción *ex art.* 119.2 TRLC, el administrador concursal -en nombre de la masa- asume un poder de disposición material del objeto del proceso, exclusivamente sometida a la previa autorización del juez en los litigios iniciados antes de la declaración de concurso (art. 120.4 TRLC). Esta facultad es similar a la que disfruta, con carácter previo a la declaración de concurso, el titular del derecho.

Los actos de disposición del objeto del proceso se efectúan, pues, sin contar con el plácet del titular (deudor o acreedores), incluso en caso de hallarse personados en juicio. Estos sujetos han sido privados de la oportunidad de decidir sobre la tutela jurisdiccional de los derechos afectados por el concurso -y su contenido-, por lo que es razonable que no gocen del poder de disposición del objeto procesal¹³⁴⁶.

En segundo término, el titular original de la acción -deudor o acreedores- no puede actuar apartándose de la posición procesal que adopte la administración concursal en nombre de la masa activa, elemento discordante con la idea de una sustitución o legitimación indirecta y conforme con el reconocimiento de un estatuto de intervención procesal propio de aquellos que no son titulares de la relación jurídico-material deducida en juicio. Sobre ambos extremos ahondamos en páginas sucesivas.

¹³⁴⁴ Cfr. «Comentario al art. 54», cit., p. 627.

¹³⁴⁵ Se podría valorar, incluso, si el concurso acoge un supuesto similar al de una acción directa (v.gr., arts. 43.1 y 76 LCS, 1522 CC) en tanto su ejercicio, con fundamento en la relación material ajena, facilita el ingreso directo de lo obtenido en el patrimonio del legitimado. Esta tesis, empero, debe ser desechada, en tanto concurre la circunstancia de que entablada la acción es posible oponer las excepciones que se tuvieran frente al concursado, titular del derecho, con efectos de cosa juzgada del pronunciamiento jurisdiccional que se dicte.

¹³⁴⁶ En este sentido, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 307.

7. LA POSICIÓN PROCESAL DEL CONCURSADO EN LAS ACCIONES DE LOS ARTS. 119 Y 120 TRLC

La proyección procesal de la separación patrimonial vinculada a la declaración de concurso opera de modo disímil en las acciones de los arts. 119 y 120 TRLC.

En el régimen de suspensión, la separación patrimonial es completa, con deslinde de la posición de administración concursal y concursado. En cambio, en intervención, el deudor conserva la posición principal para la deducción judicial de sus derechos, sometido al control de la administración concursal.

En ambos regímenes, sin embargo, el destino legalmente determinado del núcleo patrimonial separado es idéntico, con equivalente influencia en la función que han de cumplir sus bienes y derechos.

7.1. En el régimen de suspensión

El desapoderamiento patrimonial que padece el deudor tras la declaración judicial de insolvencia para alcanzar el destino legal encomendado a la masa activa lleva consigo el desplazamiento procesal del deudor suspendido a una posición secundaria¹³⁴⁷.

Esta ubicación subsidiaria del concursado cristaliza en un régimen de intervención procesal separada. Al amparo del art. 121.1 TRLC, tanto en los procesos en trámite a la fecha de declaración de concurso como en los nuevos promovidos por la administración concursal, el deudor puede acceder al proceso y actuar con una postulación propia, «siempre que un tercero haya garantizado de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena al pago de las costas no recaerán sobre la masa activa del concurso, y así lo acredite el concursado en el procedimiento en que estuviera personado»¹³⁴⁸.

¹³⁴⁷ Como señala CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 307, la privación *ex lege* de la legitimación natural provoca, con carácter general, en el sujeto que la recibe «una tacha de desconfianza jurídica y social».

¹³⁴⁸ Los derogados arts. 51.2 y 54.3 LC, con otra redacción, reconocían al deudor idéntica posibilidad de representación y defensa separada, «siempre que garantice de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso» (art. 51.2 LC para los procesos en trámite), y «las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa» (art. 54.3 LC para los procesos nuevos).

No es baladí esclarecer la posición procesal del concursado en tales pleitos. Con carácter general, las posibilidades de intervención procesal del titular del derecho material en los supuestos en los que el sujeto actuante en juicio es distinto del titular de la relación jurídica controvertida se traducen en el reconocimiento de aquel como interviniente litisconsorcial. El interés del titular de la relación deducida respecto al objeto del juicio y el alcance de los efectos de la sentencia que se dicte justifican la concesión de este estatuto.

Las oportunidades procesales del interviniente litisconsorcial, una vez admitido como demandante o demandado, son las propias de la parte procesal (art. 13.3 LEC). Puede sostener una posición autónoma y desarrollar una actuación independiente a lo largo del pleito¹³⁴⁹. El interviniente goza de plenas facultades de alegación y prueba, con aptitud para la formulación de pretensiones distintas a las de la parte originaria «si tuviere oportunidad procesal para ello» (art. 13.3-I LEC), de continuación del proceso si la parte inicial renuncia, desiste, se allana o se aparta del procedimiento por cualquier causa (art. 13.3-I *in fine* LEC)¹³⁵⁰, y de utilización de recursos aunque la parte original consienta la resolución y no la recurra (art. 13.3-III LEC).

La amplitud de estos poderes no debe desconcertar si se atiende al hecho de que el tercero goza de legitimación por ser titular de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión, y se observa la eficacia directa en su esfera jurídica de la sentencia que resuelve el fondo del asunto¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ Al respecto, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, «Intervención de terceros en el proceso», *Estudios de Derecho Procesal*, cit., pp. 239 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS), cit., p. 218; ORTELLS RAMOS, «Capítulo 7», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018, pp. 152 y 153; y, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 111 y 112.

¹³⁵⁰ En tanto se considere que tales actos de disposición son lícitos y no perjudican a tercero - DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS), cit., p. 218-.

¹³⁵¹ Cfr. ORTELLS RAMOS, «Capítulo 7», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 152 y 153: «La recíproca influencia de la actuación procesal entre la parte inicial y la parte por intervención se produce como en el litisconsorcio necesario, porque la pretensión procesal se refiere a una situación jurídica única, con varios titulares o afectados».

Hay quien incluso va más allá y entiende que, estando presente el titular del derecho que se tutela, no se puede tolerar que el legitimado indirecto se superponga, en cuanto a la formulación de la pretensión, a los deseos del titular. En este sentido, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 307: «una cosa es evitar que este último defraude la ley, quebrando el proceso del tercero con su sola presencia (por eso, el proceso en principio continúa), y otra distinta es que, desaparecida la inactividad, el titular pase a actuar como mero comparsa del legitimado indirecto y deba conformarse con recibir -de una sentencia estimatoria- aquello que unilateralmente ha podido considerar suficiente el demandante». Y de surgir conflicto de intereses entre ambos sujetos -sostiene- «el Tribunal debe decretar la salida del legitimado indirecto, por incompatibilidad con el fin atribuido por la norma a su título

Sin embargo, respecto al concursado, con apoyo en el 121 TRLC, no podemos defender su condición de interviniente litisconsorcial, aun siendo titular material de la relación jurídica deducida en juicio¹³⁵². La privación de legitimación conduce a una limitación en el ejercicio de su derecho de acción¹³⁵³, que se extiende al poder de autocomposición dentro del proceso (art. 121.2 TRLC), a las posibilidades de continuación del pleito ante su disposición por la administración concursal¹³⁵⁴ y a las facultades para interponer recursos frente a la resolución dictada ante la pasividad de esta¹³⁵⁵.

legitimante, pues salvo hipótesis de incapacidad, quién mejor puede defender un derecho es aquel a quien éste pertenece». No lo entiende así, respecto a la sustitución, NIEVA FENOLL: «la intervención del sustituido es claramente litisconsorcial, con la única especialidad de que su actuación con respecto al interés material discutido en el proceso, del que él es su titular, deberá ser obligatoriamente favorable a su defensa, lo que condiciona su conducta procesal, que ya no es tan libre como la del resto de intervinientes litisconsorciales». Niega, además, por la propia operatividad de la sustitución, que el titular pueda realizar transacciones sobre el interés del que es titular sin el consentimiento del sustituto (en *La sustitución procesal*, cit., pp. 113, 124 y 125).

¹³⁵² En contra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 506 y 507, y en «Comentario al artículo 54», cit., p. 554.

¹³⁵³ Interpuesta una demanda por el deudor en el régimen de suspensión, existe jurisprudencia contradictoria en torno a la posibilidad de que esta pueda ser subsanada por la administración concursal. En contra de la subsanación, AAP de Madrid (Sección 11ª) 49/2012, de 2 de febrero (Roj: AAP M 1206/2012): «la concursada, en ese momento carecía de legitimación ad processum para el ejercicio de dicha acción», y, por cuanto los efectos de la pendencia del proceso quedan determinados por la presentación de la demanda, si esta es admitida (art. 410 LEC), no cabe subsanación posterior; en contra, aunque apreciando una errónea falta de capacidad del deudor, SAP de Sevilla (Sección 5ª) 148/2015, de 8 de abril (Roj: SAP SE 905/2015). A favor de la subsanación, dictado auto de apertura de la liquidación, al considerar que se produjo un mero defecto de representación del deudor, SAP de Valencia (Sección 9ª) 115/2014, de 24 de abril (Roj: SAP V 2052/2014).

¹³⁵⁴ Conviene destacar el dispar régimen previsto en el art. 120.4 TRLC, heredero de los arts. 51.2-I y 54.1 LC, en lo que hace a la disposición del objeto del proceso por parte de la administración concursal y la necesidad de autorización judicial en función del inicio del proceso en el momento de la declaración de concurso. En efecto, en los litigios en trámite, todo acto de esta naturaleza -«desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios»- queda supeditado a la autorización del juez del concurso; en cambio, en los procesos nuevos promovidos por la administración concursal, de idéntico impacto en la masa, no parece precisa, dado el silencio legal, tal autorización. En estos términos, bajo el régimen de la LC, entendía adecuada una extensión del tenor del art. 51.2-I al 54.1 LC, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 544 y 545. En contra, RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 293; y, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1023.

La razón que justifica este dispar tratamiento, con audiencia preceptiva del deudor y de otras partes personadas que, a criterio del juez, deban ser oídas (art. 124.4 *in fine* TRLC), puede radicar en la necesidad de constatar la adecuación del acto de disposición con el interés del concurso. El deudor ofrecerá, de primera mano, las razones que justificaron la interposición de la acción, y el juez, en consecuencia, podrá decidir sobre la oportunidad del acto dispositivo propuesto por la administración concursal.

¹³⁵⁵ En este sentido, asimismo, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 51», cit., p. 605: «Entiendo, sin embargo, que, aunque no esté incluido entre tales actos dispositivo en el art. 51.2, el deudor no podrá recurrir con independencia de la administración concursal». En contra, SAP de Huelva (Sección 2ª) 211/2011, de 23 de diciembre (Roj: SAP H 953/2011): «podemos decir que el concursado no llega a perder su capacidad para ser parte y comparecer en juicio, que por la comparecencia como parte de la administración concursal se consideraría interviniente (así lo llama el art. 51.3 de la Ley Concursal) voluntario (previa petición y autorización) adhesivo litisconsorcial (como titular de la relación jurídica), con facultades para defender sus pretensiones independientemente (artículo 13.3 de la Ley de

La posición del deudor es, pues, semejante a la que ostentan los terceros que poseen un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pero carecen de legitimación para entablar la acción. El estatuto procesal diseñado es el de interviniente adhesivo simple¹³⁵⁶, sin perjuicio de que el deudor estuviera personado, defendiendo una pretensión concreta (art. 119.1 TRLC).

Una lectura de los arts. 119.2, 120 y 121 TRLC no admite otra categorización. En adaptación al nuevo régimen jurídico que instaura el TRLC, la dirección procesal en la tutela jurisdiccional de los derechos del deudor a la administración concursal tiene como correlato la subordinación del deudor a una posición accesorio. Los arts. 120.2 y 121.1 TRLC -aplicables a los procedimientos de mediación y arbitrales en trámite (art. 140.2 TRLC)- emplean el término «sustituirá» y «sustituido», respectivamente, condicionando la pervivencia del proceso, y la eventual representación y defensa separada del concursado, al efectivo sostén de la pretensión por la administración concursal¹³⁵⁷. «Sustitución» reforzada ante la imposibilidad del concursado de «realizar aquellas actuaciones procesales que (...) corresponden a la administración concursal con autorización del juez, ni impedir o dificultar que esta las realice» (art. 121.2 TRLC).

Aun más, el deudor exclusivamente puede desplegar una actividad procesal, al margen de su general estatuto de parte (cfr. art. 509 TRLC), si un tercero garantiza de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos procesales y la eventual condena en costas no recaerán sobre la masa activa y de este modo resulta acreditado por el concursado. Esa posición es autónoma pero coadyuvante de la sostenida por la administración concursal.

Enjuiciamiento Civil y 51.3 de la Ley Concursal) entre ellas la de recurrir pero, si la administración concursal no se ha personado por las razones que sean, conserva tales facultades y el recurso ha sido interpuesto por parte legítima».

¹³⁵⁶ En este sentido, respecto a la LC, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 630; CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 331; y LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 119. Asimismo parece desprenderse en RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», cit., p. 287, para quien «la intervención del deudor debe ser calificada como meramente adhesiva o coadyuvante, completamente subordinada a la posición que pueda asumir la administración concursal», y, claramente, en «Comentario al artículo 54», cit., p. 294. Refiere la existencia de un mero coadyuvante PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales...*, p. 240.

¹³⁵⁷ Sobre la posibilidad del deudor de actuar procesalmente en caso de pasividad del administrador se ha discutido en Italia. Sobre esta *inerzia* del curatore, con apoyo en la jurisprudencia del TS italiano, vid. BRACCI, *La posizione processuale del fallito...*, cit., pp. 103 y ss.

Aunque no es pacífico en la doctrina, este régimen de representación y defensa separada está justificado¹³⁵⁸ con apoyo en el distinto interés que puede amparar la actuación del deudor en contraposición al institucionalmente preservado por la administración concursal.

Huelga afirmar que la tutela jurisdiccional de los derechos del deudor, con afectación directa de su esfera jurídica, obliga a reconocerle tal posibilidad de intervención. Los límites subjetivos de la *res iudicata inter partes* no han de obviarse en esta materia.

No es dable pensar que la eficacia de cosa juzgada de la resolución jurisdiccional dictada puede operar sin haberle dado al deudor la oportunidad de participar en un proceso cuya *res de qua agitur* versa sobre la titularidad de sus derechos. Elementales exigencias de justicia, con respeto al principio contradictorio o de audiencia¹³⁵⁹, requieren la necesidad de convocar al concursado en la causa judicial que versa sobre su relación jurídico-material¹³⁶⁰.

En el panorama internacional, imponen este emplazamiento los arts. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 Declaración Universal de Derechos Humanos, 47-II Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos. En España, con igual intensidad lo requiere el art. 24.1 CE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, con prohibición de indefensión, y el art. 24.2 CE, con reconocimiento de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías.

¹³⁵⁸ En contra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., pp. 506 y 507, y en «Comentario al artículo 54», cit., pp. 552 y 553. Se refiere a ella como de «carácter discutible», LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 118.

¹³⁵⁹ Sobre la vinculación de los límites de la cosa juzgada y el principio de audiencia, vid. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con Díez-Picazo Giménez), cit., pp. 547 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 293 y ss. y 335 y 336; y SÁNCHEZ LÓPEZ, *Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas)*, Marcial Pons, 2017, pp. 166 y ss.

¹³⁶⁰ Como señala DE LA OLIVA, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, ed. Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 49 y 50: «el principio de audiencia no exige que esté en el proceso cualquiera que tenga algún interés lícito en el resultado del mismo, porque pueda verse en alguna medida afectado: se debe exigir un interés, ante todo calificable de jurídico, que revista, por así decirlo, una especial intensidad. Y, a nuestro parecer, esa intensidad especial la presta -en el proceso civil- la mayor o menor proximidad jurídica entre la *res de qua agitur* y la posición o situación jurídica del sujeto que en principio sería tercero en ese proceso. Si hay identidad de derechos (se entiende: si se trata de derechos nacidos de una misma causa o fuente) o si se trata de idéntica situación jurídica, esa proximidad -y la consiguiente intensidad- no pueden ser mayores».

El respeto del principio de contradicción no impone, sin embargo, la efectiva presencia del deudor en el pleito; de igual modo, no exige un litisconsorcio necesario para la válida constitución de la *litis*. La puesta en conocimiento del litigio es suficiente para atender las exigencias del art. 24 CE ¹³⁶¹, con posibilidad de influir en la conformación del objeto procesal y la decisión judicial que se dicte ¹³⁶².

Las previsiones normativas enunciadas se satisfacen con el art. 509 TRLC, pues el estatuto de parte reconocido al deudor -«en todas las secciones (...) sin necesidad de comparecencia en forma»- lleva asociado, en aplicación de los arts. 270 LOPJ y 150 LEC, un deber *ex officio* de traslado y emplazamiento a aquel en todas las causas judiciales que se susciten a lo largo del concurso ¹³⁶³.

En el llamamiento al deudor, el valor de la seguridad jurídica adquiere, asimismo, una especial significación. La eficacia de cosa juzgada de un eventual pronunciamiento desestimatorio constituye una garantía a favor del acreedor demandado, que en ningún caso debe ser removida por el deudor que, no habiendo sido emplazado, invoque la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva tras la conclusión del concurso.

- *Gastos y costas de la actuación procesal del deudor*

El tratamiento que reciben los gastos procesales asociados a la actuación separada del deudor es controvertido. El art. 121.1 TRLC insta una especialidad en el régimen general de los apartados 3º y 4º del art. 242 TRLC.

El art. 242.4º TRLC exceptúa la postulación del deudor como crédito contra la masa en la lógica de reducir los créditos de satisfacción preferente de una intervención auxiliar -y no decisiva- del deudor en la defensa y promoción del interés del

¹³⁶¹ En doctrina del TC ha de destacarse la importancia del emplazamiento personal de los afectados en orden a evitar la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, vid. sentencia 137/2017, de 27 de noviembre, FJ 4º -BOE nº 7, de 8 de enero de 2018). También de interés, SSTC 135/1986, de 31 de octubre, FJ 6º y 7º -BOE nº 276, de 18 de noviembre de 1986-, 58/1988, de 6 de abril, FJ 2º -BOE nº 107, de 4 de mayo de 1988-, y 124/2006, de 24 de abril, FJ 2º -BOE nº 125, de 26 de mayo de 2006-.

¹³⁶² Este derecho del deudor debe ser promocionado, de igual modo, en los incidentes concursales en los que se dilucidan cuestiones atinentes a la composición de las masas (v.gr., arts. 153, 165, 168, 197, 239, 300 y 305 TRLC). Junto al art. 24 CE, los arts. 509 y 510 TRLC proporcionan apoyatura legal a esta idea.

¹³⁶³ Destacando la necesidad de comunicación al titular material, incluso en supuestos en los que la voluntad del deudor para la tutela de sus derechos está “prohibida”, vid. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 294 y 295.

concurso¹³⁶⁴. Es un régimen legal que confronta con la calificación que merecen el resto de costas y gastos judiciales de la asistencia y representación del concursado cuando la intervención es legalmente obligatoria o se realiza en interés de la masa (arts. 242.3º y 4º TRLC)¹³⁶⁵.

El art. 121.1 TRLC homogeniza el tratamiento concursal que se ha de brindar a las costas y gastos judiciales derivados de la asistencia y representación del deudor en tales pleitos. No ocurría de igual modo bajo la LC, que ofrecía un dispar régimen a los procesos en trámite (art. 51.2-II LC) y a los procesos nuevos (art. 54.3 LC): exclusivamente en los primeros se constituía un requisito –que se «garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso»– para preservar las posibilidades de actuación procesal del deudor¹³⁶⁶.

En efecto, el art. 54.3 *in fine* LC rezaba: «las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa». *A sensu contrario* se infería que el crédito había de calificarse como crédito concursal, particularmente como crédito ordinario, dada su omisión en el elenco de los arts. 90 a 92 LC (art. 89.3)¹³⁶⁷.

En el descrito marco legal, en principio, no resultaba admisible una interpretación correctora del art. 51.2-II LC en aplicación analógica del art. 54.3 LC¹³⁶⁸: *in claris non fit interpretatio*. Ahora bien, los excesos -desde la perspectiva constitucional- del precepto aconsejaban su adaptación normativa, en sintonía con el tenor del art. 54.3 LC.

¹³⁶⁴ Asimismo, en relación al derogado 84.2.3º LC, lo apunta BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, civitas, Madrid, 2004, p. 1011.

¹³⁶⁵ Pese al silencio legal en el art. 94 TRLC (no así respecto a los acreedores *ex art.* 96 TRLC), se entiende que los gastos y costas ocasionados, en tanto que realizados en interés de la masa, tienen encaje en los arts. 242.3º y 4º TRLC. Se consideran, por tanto, créditos contra la masa «con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas» (art. 242.3º TRLC). Esto es, los gastos de letrado y procurador deberán ser abonados por el deudor pero al término del procedimiento: dichos gastos no tienen la consideración de créditos contra la masa pero tampoco constituyen crédito concursal en tanto que nacidos con posterioridad a la declaración de concurso -cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 84 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1512-.

¹³⁶⁶ Entre otras, la SAP de Cádiz (Sección 7ª) 352/2012, de 29 de noviembre (Roj: SAP CA 2482/2012), declaró la nulidad de las actuaciones al no haber prestado garantía suficiente de que los gastos no recaerían sobre la masa.

¹³⁶⁷ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 555 y 556.

¹³⁶⁸ En contra, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», cit., p. 509.

El tenor legal vigente (art. 121.1 TRLC) ha seguido, erróneamente, la dirección opuesta: sin excepción, en los procesos en trámite a la declaración del concurso y nuevos, un tercero ha de garantizar el perjuicio económico asociado a los gastos y costas derivados de la representación y defensa separada del deudor. Puede tratarse de cualquier tipo de afianzamiento (v.gr., aval bancario, consignación judicial, hipoteca o prenda de tercero no deudor), e incluso se puede plantear la posibilidad de la asunción de deuda por un tercero¹³⁶⁹.

A nuestro juicio, el régimen legal proyectado cercena las posibilidades de defensa del deudor en pleitos de su interés al subordinar su participación a un condicionante económico reforzado y dependiente de elementos externos. La conculcación del art. 24 CE es muy probable, máxime si se observa que el concursado queda fuera del ámbito de extensión subjetiva del derecho a la asistencia jurídica gratuita (vid. arts. 3 a 5 LAJG y los requisitos básicos para su concesión).

- *El interrogatorio del concursado*

Por último, resulta de interés aludir al régimen jurídico aplicable al interrogatorio del deudor en juicio.

A nuestro modo de ver, son de aplicación los arts. 301 y ss. LEC -«Del interrogatorio de las partes»-, tanto cuando el concursado interviene en pleito (art. 121 TRLC), como cuando no participa en el mismo¹³⁷⁰. Junto al reconocimiento general de parte (art. 509 TRLC), sirve a este criterio lo dispuesto en el art. 301.2 LEC, que extiende al titular del derecho, cuando la parte legitimada actuante sea otra, el aludido régimen del interrogatorio de partes.

Sin embargo, son precisas dos matizaciones. En primer lugar, se reputa inaplicable el art. 316.1 LEC. Las afirmaciones que el concursado vierta en el proceso y repercutan en hechos que le sean enteramente perjudiciales, no habiéndose practicado otros medios de prueba que contradigan lo reconocido en el interrogatorio, no pueden

¹³⁶⁹ En este sentido, respecto al derogado art. 51.2-II LC, SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», cit., p. 317, para quien tal asunción exige el consentimiento de la administración concursal en interés de la masa *ex* art. 1205 CC. Cuestión distinta, añade: «es si la suficiencia de la garantía que exige la ley es solo cuantitativa -en relación con el importe de los gastos de representación y defensa y la estimación de la eventual condena en costas-, o si es también cualitativa, atendida la mayor o menor liquidez de la garantía».

¹³⁷⁰ En relación al art. 51 LC, de este criterio CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 51», cit., p. 606, y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, cit., pp. 321 y 322.

fijarse como ciertos. De un lado, porque la pérdida de disposición del objeto del proceso condiciona las consecuencias que la declaración del deudor puede tener en el destino de la masa activa. De otro, porque otra inteligencia se presta a que el concursado pueda hacer un uso fraudulento de esta prueba de valoración legal o tasada y beneficiar a un concreto acreedor, con una declaración lesiva para el patrimonio separado. Para que opere esta regla legal de valoración, la fijación del hecho como cierto no ha de perjudicar a terceros, y, con base en lo expuesto, la masa activa ha de ser reconocida como un centro de imputación subjetiva procesal independiente del deudor. En segundo lugar, reputamos admisible el interrogatorio del deudor coligante dado que su posición adyacente no riñe con un eventual conflicto de intereses con la administración concursal¹³⁷¹.

7.2. En el régimen de intervención

En el régimen de intervención que diseña el TRLC, la legitimación para el ejercicio de las acciones del art. 119.1 TRLC recae en el deudor¹³⁷², conservando la aptitud para la deducción judicial de sus derechos siempre que goce de la anuencia de la administración concursal. Idéntica previsión legal es extensible a la interposición de recursos¹³⁷³ y a la realización de actos dispositivos sobre el objeto del proceso¹³⁷⁴ (art.

¹³⁷¹ En contra, CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 51», cit., p. 606.

¹³⁷² Entre otros, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 328; LÓPEZ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 184», cit., p. 1896; RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 293; y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 549.

¹³⁷³ El silencio sobre la necesidad de autorización de la administración concursal para la interposición de recursos por el deudor intervenido en el derogado art. 51.3 LC fue objeto de resolución en la STS (Sala 1ª), nº 321/2012, de 28 de mayo (RJ 2012, 9316), que se decantó por patrocinar una interpretación literal y no exigir autorización de la administración para la interposición de recursos. El fallo cuenta con un voto particular de SANCHO GARGALLO, para quien nos hallamos ante «un supuesto de integración normativa y una laguna legal que ha de solucionarse acudiendo a los procesos de autointegración y en concreto, a las soluciones y principios que establece la propia Ley Concursal». A su juicio, a diferencia de lo que propugnaba la sentencia de segunda instancia, la integración debía venir por la vía del art. 40 LC y no del art. 54 LC. Al respecto, vid. TOMÁS TOMÁS, «La discutida conformidad de la administración concursal para la interposición de recursos en procesos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 321/2012 de 28 de mayo (RJ 2012, 9316)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30, pp. 375 y ss.

¹³⁷⁴ El vigente art. 119.1 TRLC corrige, de este modo, el silencio legal existente en el art. 54.2 LC respecto a los actos de disposición del deudor. Con todo, ya entendíamos necesaria la autorización de la administración concursal: en primer lugar, y fundamentalmente, porque era coherente con un régimen que exigía tal anuencia a la hora de instar la tutela judicial en la interposición de acciones o recursos; en segundo lugar, porque así se imponía, respecto a los procesos ya iniciados, en el art. 51.3 LC. Por la propia coherencia del sistema, a nuestro juicio, se reputaba necesaria esta integración normativa. De la misma opinión, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 550, y, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., pp. 113. Apreciando los argumentos aquí expuestos pero entendiendo prioritario «el significativo silencio del legislador» en la interpretación de la norma, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1025.

119.1 TRLC). Este régimen es, además, predicable de las acciones de «índole personal» -en terminología del art. 120.3 TRLC- que puedan afectar a su patrimonio¹³⁷⁵.

La restricción al poder del concursado que acompaña a la declaración de concurso en el régimen de intervención se limita, por tanto, a una específica actividad de control de la administración concursal en sede procesal estatuida para garantizar la satisfacción del fin o función impuesto legalmente a la masa concursal. Es lógico, pues, que la autorización de la administración para la interposición de acciones o recursos constituya un requisito de procedibilidad¹³⁷⁶, subsanable en un momento posterior¹³⁷⁷.

El tratamiento procesal precedente no es equívoco. La inobservancia de este presupuesto puede ser apreciado de oficio o a instancia de parte. Con la presentación de la demanda, este último control no encuentra acomodo en ninguna de las circunstancias del art. 416 LEC; ha de alegarse, por tanto, a través del art. 425 LEC¹³⁷⁸. Solo ante su

La consecuencia jurídica de actuar en el proceso sin la precisa autorización es la nulidad (arts. 238.3º LOPJ y 225.3º LEC). En este sentido, entre otras, SAP de Baleares (Sección 3ª) de 21 de octubre de 2008 (JUR 2009, 122205), donde el deudor se allana sin contar con la anuencia de la administración concursal. En la doctrina, de esta opinión, MARTÍNEZ GALLEGO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 309, y, LÓPEZ SÁNCHEZ, *ibidem*, pp. 128 y 129.

¹³⁷⁵ Como ha señalado SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», cit., p. 321: «la eventualidad de la condena en costas, presente en todo proceso y recurso jurisdiccional, hace ilusoria esta restricción».

¹³⁷⁶ Entre otras, vid. AAP de Oviedo (Sección 1ª), de 9 de octubre de 2008 (JUR 2009, 93116) y SAP de Cádiz (Sección 2ª), de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013/221679). En la doctrina, vid. SENÉS MOTILLA, «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», cit., pp. 320 y 321, y LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., pp. 111 y ss.

En cuanto a la forma de otorgamiento de la autorización, se ha mantenido un criterio flexible. En este sentido, vid. SSAP de Madrid (Sección 20ª) 432/2012, de 25 de septiembre (Roj: SAP M 15341/2012) que reconoce la inexistencia de forma específica en que debe ser otorgada la conformidad, admitiendo la prestada por medio de correspondencia o correo electrónico; de Valladolid (Sección 3ª) 71/2013, de 7 de marzo (Roj: SAP VA 325/2013), que incluye el recurso en la autorización prestada por la administración concursal «durante la completa sustanciación del procedimiento judicial»; y de Valencia (Sección 9ª) 469/2012, de 27 de diciembre (Roj: SAP V 5806/2012), que entiende que la autorización de la administración concursal para continuar con el proceso se extiende también al recurso de apelación.

¹³⁷⁷ Entre otras, vid. STS (Sala 1ª) 963/2011, de 11 de enero (Roj: STS 104/2012) en FJ 4º; SSAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009, 93744), de Cuenca (Sección 1ª) 174/2008, de 6 de octubre de 2008 (Roj: SAP CU 319/2008), de Castellón (Sección 3ª) 342/2012, de 28 de junio (Roj: SAP CS 763/2012), de La Coruña (Sección 3ª) 150/2013, de 25 de marzo (Roj: SAP C 673/2013), de Barcelona (Sección 16ª) 102/2015, de 10 de marzo (Roj: SAP B 2568/2015), y de Pontevedra (Sección 3ª) 70/2015, de 11 de marzo (Roj: SAP PO 447/2015). Esta última refiere: «reiterado criterio jurisprudencial considera que la falta de autorización o conformidad de la administración concursal para el ejercicio de acciones judiciales por el deudor declaración en concurso voluntario constituye defecto subsanable que no presupone la nulidad o ineficacia de la demanda o recurso, pues en tal caso la administración concursal únicamente interviene, no sustituye, a la concursada, sin perjuicio de posterior autorización o confirmación mediante convalidación o confirmación de los actos que infrinjan tal limitación. (...) la omisión de la referida autorización no trasciende al proceso declarativo sino que pertenece al ámbito interno del procedimiento concursal».

¹³⁷⁸ De esta opinión, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 124.

subsanción se ha de permitir la válida prosecución del proceso. Si el defecto no se advirtiera hasta el momento de dictar sentencia, la resolución debe ser absolutoria de la instancia¹³⁷⁹.

Asimismo, la falta de autorización para la interposición de recursos es apreciable de oficio (arts. 473 y 483 LEC) y denunciabile a instancia de parte en el trámite de oposición al recurso de apelación (art. 461 LEC), al recurso extraordinario por infracción procesal (art. 474 LEC) y al recurso de casación (art. 485 LEC). Su apreciación es causa de inadmisión del recurso, y su detección en el momento de resolver, causa de desestimación¹³⁸⁰.

- *La discutible legitimación procesal del deudor en el régimen de intervención*

En teoría, la actividad procesal del concursado exclusivamente ha de ser eficaz cuando converge con el interés del concurso; un acto procesal contrario al interés de la masa, con el plácet de la administración concursal, conduce rectamente a un supuesto de responsabilidad *ex art. 94 TRLC* (cfr. art. 80 TRLC).

La identificación del interés del concurso como único fundamento jurídico válido a esgrimir por el deudor en la tutela judicial de sus derechos (art. 119.1 TRLC) enmaraña la atribución subjetiva de la legitimación *ad causam* de estas acciones en el régimen de intervención.

En efecto, si la titularidad de la relación jurídico material que se deduce en juicio -interés litigioso- recae sobre el deudor, y la titularidad del interés legitimante sobre el patrimonio separado, se puede aseverar que, en principio, este último se halla en la posición jurídica adecuada para instar la tutela judicial de los derechos que se integran en la masa activa.

Es cierto que el juez, al acordar el régimen de intervención, estima que es el deudor el sujeto que puede proporcionar una mejor satisfacción del interés del concurso, atribuyéndole el poder para valorar inicialmente la oportunidad de interponer acciones, recursos o realizar actos de disposición del objeto del proceso¹³⁸¹. Le dota, podemos

¹³⁷⁹ En este sentido, SAP de Vizcaya (Sección 1ª), de 21 de mayo de 2009 (JUR 2009/353843).

¹³⁸⁰ En este sentido, SSAP de Badajoz (Sección 3ª) 304/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP BA 1124/2012) y de Barcelona (Sección 16ª) 102/2015, de 10 de marzo (Roj: SAP B 2568/2015).

¹³⁸¹ Erróneamente, esta iniciativa de realización de actos de disposición en intervención por la administración concursal es reconocida en el AAP de Huesca (Sección 1ª) 80/2008, de 24 de noviembre

aseverar, de la capacidad de conducción procesal. Ahora bien, la decisión final cae en la órbita competencial de la administración concursal, que ha de evaluar la probabilidad de éxito del acto procesal propuesto y los costes asociados a su ejecución con repercusión en la masa¹³⁸².

Con todo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 119.2 TRLC, la administración concursal está habilitada para proponer al concursado la presentación de demanda, con posibilidad de entablarla, previa autorización judicial, en caso de negativa del concursado. El derecho de acción, en consecuencia, no queda limitado al deudor sino ampliado para su ejercicio a la administración concursal cuando el interés del concurso lo justifica.

Subyace, en definitiva, un fenómeno similar al descrito para el régimen de suspensión: la declaración de concurso opera un desplazamiento en la posición legitimante, del deudor a la masa activa, con la especialidad de que es el deudor, con autorización de la administración concursal, quien asume la iniciativa para la protección judicial de sus derechos. En este planteamiento, la masa concursal sería la parte y el deudor -o la administración concursal, previa autorización judicial *ex art. 119.2 TRLC*- su representante necesario.

La ventaja fundamental asociada a esta tesis es que proporciona, al margen del régimen decretado, una explicación unitaria y coherente con el destino impuesto legalmente al patrimonio separado.

Sin excepción, durante la vigencia de la situación jurídica concursal¹³⁸³, el referido patrimonio asumiría el estatuto de parte procesal, con legitimación *ad causam*,

(Roj: AAP HU 16/2008): «si el concursado, que puede disponer del objeto del pleito conforme a lo prevenido por la Ley, no está obligado a continuar el proceso hasta su normal terminación, entendemos que tampoco lo está el administrador, por lo que, si éste retira en un momento determinado la autorización inicialmente concedida para demandar, que es lo que implícitamente ha sucedido en este caso al aceptar el administrador el acuerdo transaccional ofrecido de contrario, el proceso no puede continuar, pues el concursado carece ya de la preceptiva autorización para ello».

¹³⁸² Es inadmisibles, manteniendo un criterio contrario al sostenido en la resolución de la nota precedente, la posibilidad de la administración concursal de revocar la autorización prestada en la interposición de acciones o recursos, dado que es un acto confirmatorio de la adecuación de la actuación del deudor con el interés de la masa. Esta anuencia es independiente de los actos dispositivos del objeto procesal por parte del deudor que requerirán un expreso pronunciamiento a favor de la administración concursal. Al respecto, vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., pp. 113 y 114.

¹³⁸³ Ofrece dudas el ejercicio de las acciones nuevas que pudiera entablar el deudor durante el cumplimiento del convenio (no en los procesos pendientes ni en las ejecuciones a la vista de lo dispuesto en el art. 395.3 TRLC). En este sentido, ha de tenerse presente lo acordado en el mismo y las limitaciones

variando exclusivamente el sujeto -deudor o administración concursal- idóneo para su representación en juicio. Evitaríamos atribuir así, en las acciones de los arts. 119 y 120 TRLC, legitimación a un sujeto distinto en función del régimen acordado, o, aún más, hacerlo en un mismo proceso cuando se decide alterar este durante su sustanciación (art. 108 TRLC), o se acuerda la apertura de la fase de liquidación (art. 413.1 TRLC)¹³⁸⁴. Esta tesis, además, sería concordante con el régimen de las acciones de los arts. 109, 131, 132, 226, 405.2, 461 y 558.2 TRLC en las que, según lo expuesto, el estatuto de parte y la legitimación *ad causam* debieran ser conferidos al patrimonio concursal¹³⁸⁵.

Otra lectura, sin embargo, es posible en las acciones del art. 119.1 TRLC, con localización de la legitimación *ad causam* en el concursado.

Adviértase que, habida cuenta de la actividad fiscalizadora de la administración concursal en la deducción judicial de los derechos por el deudor, estas acciones solo pueden ser ejercitadas cuando el interés de este último coincida con el interés de la masa separada. Siendo así las cosas, desplazar hacia la masa concursal la legitimación *ad causam*, para reinsertar posteriormente al deudor la capacidad de conducción procesal, puede constituir una construcción en exceso artificial dada la previsible convergencia entre el interés del deudor y el interés de la masa activa en la formulación de las pretensiones patrimoniales.

La ficción de dotar de capacidad para ser parte al patrimonio separado se asienta sobre un pretexto razonable en las acciones del art. 120 TRLC (a excepción de las de «índole personal»), discutible desde el punto de vista material, cuando se acuerda el régimen de intervención (art. 119.1 TRLC), si la administración es diligente en su labor.

de corte convencional que se hubieran previsto para el ejercicio de las facultades de administración y disposición patrimonial. Con todo, es defendible que, en tanto se ha de perseguir el interés del concurso concretado en el convenio, el deudor actúa en sede procesal no como parte sino como representante necesario de la masa concursal. Las posibilidades de rescisión y reintegración de lo actuado en contravención de aquellas limitaciones *ex* arts. 405.2 y 558.2 TRLC, con eventual revocación del convenio (art. 402.2 TRLC), son buen indicio de que las extralimitaciones en el poder conferido al deudor para su cumplimiento son sancionadas con su potestativa anulación.

¹³⁸⁴ De *lege data*, el cambio de régimen de intervención a suspensión *ex* art. 108 TRLC o la apertura de la liquidación exige la subsanación de la falta de “legitimación” (*rectius*, capacidad de conducción procesal). Al respecto, vid. SSAP de Málaga (Sección 4ª) 586/2014, de 15 de diciembre (Roj: SAP MA 2579/2014), en relación a un recurso de apelación iniciado por la concursada con cambio de régimen, y de Madrid (Sección 14ª) 218/2014, de 24 de junio (Roj: SAP M 8084/2014), producida la apertura de la fase de liquidación.

¹³⁸⁵ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», cit., p. 125: «la masa es también parte en los casos de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, correspondiendo la actuación en interés de la masa al propio concursado, con la conformidad de la administración concursal».

La cuestión es, sin duda, intrincada. Pues aun cuando el titular del interés legitimante es la masa, su potencial escisión del interés que fundamente la acción afirmada por el deudor se presenta remota, lo que quizás pueda hacer aconsejable no extender la aludida ficción subjetiva a tales procesos.

Esta tesis, empero, presenta el importante inconveniente de que solo es válida si resulta tal convergencia entre el interés del deudor e interés del concurso, probable pero no segura.

De *lege ferenda*, el art. 119.1 TRLC debe ser reformado, con empleo de una técnica más depurada. La expresión legal «capacidad para actuar en juicio» del deudor ha de ser reformulada con expresa alusión a la capacidad de conducción procesal del concursado. Esta adaptación normativa ha de extenderse a la LEC, con supresión del apartado 8º del art. 7, que refiere una inexistente limitación de la capacidad del deudor.

8. LA POSICIÓN PROCESAL PASIVA DE LA MASA ACTIVA

Con carácter general, los supuestos de legitimación indirecta o extraordinaria constituyen títulos de legitimación activa¹³⁸⁶. Ocasionalmente, y solo como reacción, se erigen en títulos de legitimación pasiva¹³⁸⁷.

La inactividad del titular del derecho discutido, impuesta o voluntaria, justifica la atribución de legitimación activa a un tercero para su ejercicio. De principio, no acontece así respecto a la parte pasiva del proceso: la condición de demandado es conferida subjetivamente por exclusiva voluntad del actor, al interponer la demanda¹³⁸⁸.

Estas afirmaciones son completamente válidas en el proceso concursal, aunque confluyen ciertas especialidades en la parte pasiva que conviene abordar. En primer lugar, hemos de dilucidar frente a quién se ha de entablar la demanda, es decir,

¹³⁸⁶ Respecto a la sustitución, NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 99 y 100; MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 332, nota al pie 466; y JUAN SÁNCHEZ, *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, cit., pp. 253 y 254, para quien la determinación de la legitimación pasiva no exige atender a una clasificación de situaciones legitimantes.

¹³⁸⁷ Cfr. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 165.

¹³⁸⁸ Como señala ORTELLS RAMOS: «Cualquier persona que haya sido demandada tiene, por esa sola razón, la calidad suficiente para comparecer en ese proceso concreto y para defenderse en él. Esto no es manifestación de su legitimación pasiva -como concepto equivalente, en la parte demandada, a la legitimación activa-, sino reflejo de sus capacidades para ser parte y de actuación procesal y de su condición de parte demandada, en la que le ha colocado el actor» (en JUAN SÁNCHEZ/ORTELLS RAMOS, «Capítulo 6», *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil*, cit., p. 136).

concretar quién se halla en la situación jurídica a la que se refiere la pretensión patrimonial deducida, de tal suerte que «si el actor alega y prueba los hechos que sustentan tal vinculación, podrá obtener frente a ese demandado la tutela judicial que ha pretendido»¹³⁸⁹. En segundo lugar, dadas las singularidades asociadas a la situación concursal, ha de ser valorada la oportunidad de imponer un litisconsorcio pasivo necesario en orden a asegurar la válida constitución de la *litis*.

Con excepción de la acción rescisoria concursal y otras de impugnación (arts. 233 y 238.2 TRLC), la norma concursal no establece normas que determinen la legitimación pasiva de manera expresa¹³⁹⁰ (sí ocurre en otros ámbitos; v.gr., art. 34 Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; art. 17 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). Tampoco se recogen en el TRLC reglas especiales que atribuyan legitimación pasiva a quién no está obligado directamente frente al actor (así sucede, v.gr., en el art. 76 LCS). Ahora bien, estas previsiones son sustituidas por un emplazamiento obligatorio a la administración concursal y al deudor en cualquier pretensión de contenido patrimonial [arts. 136.1.1º y 3 (cfr. art. 532.1 TRLC), 119.1, 120 y 509 TRLC; y arts. 150 LEC y 270 LOPJ], soslayando potenciales problemas de constitucionalidad en relación al art. 24 CE.

No constituye un prurito teórico resolver frente a quién ha de dirigir la pretensión procesal (demanda o reconvención)¹³⁹¹ el sujeto que persigue hacer efectivos

¹³⁸⁹ Cfr. *ibídem*.

¹³⁹⁰ Sí, implícitamente, al menos respecto al deudor, en la impugnación de actos que contravengan las limitaciones patrimoniales establecidas, de ineficacia o de reintegración de la masa que acogen los arts. 109, 405.2 y 558.2 TRLC.

¹³⁹¹ La formulación de demanda reconvenzional precisa de algunas consideraciones. De una parte, ejercitada la pertinente acción por la administración concursal ante el juzgado de primera instancia y entablada reconvención por el demandado, el juez del orden civil -o social cuando se ejerciten acciones comprendidas en el art. 53 TRLC-, en aplicación de los arts. 136.1.1º TRLC y 406.2 LEC, deberá abstenerse de conocer «previniendo a las partes que usen de su derecho ante este último (el juez del concurso)».

En los incidentes concursales promovidos por la administración concursal (v.gr., art. 52.6ª, 7ª y 8ª TRLC) o por terceros (arts. 52.1ª y 136.1.1º TRLC), el art. 537 TRLC no limita la conducta del demandado frente a la demanda a la alegación de hechos extintivos, impeditivos o excluyentes. La ambigua locución «expresar con claridad y precisión de la tutela concreta que soliciten» parece acoger también la afirmación de una demanda reconvenzional siempre que exista conexión entre tales pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal (art. 406.1 *in fine* LEC) y el juez del concurso goce de competencia objetiva para su conocimiento (art. 406.2 LEC). Favorables a esta interpretación, en relación al derogado art. 193.3 LC (de idéntico tenor), SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 194», cit., pp. 2819 y 2820, y HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», cit., pp. 1950 y 1951.

De otra parte, en relación a los procesos monitorios y cambiarios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso frente al deudor se han de valorar distintos escenarios. Como señalan las Conclusiones del Primer encuentro de los jueces especiales en lo mercantil celebrado en Valencia los días 9 y 10 de diciembre de 2004, <http://www.codigo-civil.net/archivado/archives/446> (consultadas, por última

derechos que se disputan frente al concursado, o que, en el lado obligacional, recaen sobre este y han de satisfacerse con cargo a la masa activa. La situación jurídica concursal alberga un escenario singular también en relación a la legitimación pasiva: atribuye esta cualidad subjetiva -ora deudor, ora administración concursal- a quien no se halla en la posición legal para el cumplimiento de la sentencia.

No es fútil recordar -una vez más- que la declaración de insolvencia entraña una restricción a la libre disposición del patrimonio concursal por parte de su titular que se desplaza -total o parcialmente, en tanto es precisa autorización- hacia el administrador, pero, al mismo tiempo, la eventual estimación de la pretensión ejercitada redundando en la esfera jurídica del concursado, lo que obstaculiza la perspicuidad de la posición procesal de cada sujeto.

Por lo visto, desde la constitución de la situación jurídica concursal, el sujeto que se halla en la posición de hacer efectiva la tutela judicial pretendida por el demandante frente al deudor es la masa concursal¹³⁹². La demanda entablada frente a la administración concursal, no es en nombre propio sino en nombre de la masa, y en su calidad de representante necesario. De este modo, garantizado el emplazamiento y audiencia del deudor, no es posible aducir defecto alguno en la constitución de la *litis*. El deudor es el titular de los hechos constitutivos de la pretensión formulada por el actor, lo que justifica este traslado ante una eventual personación en juicio.

En la constitución de la relación jurídico-procesal, como veíamos, no se impone la carga del litisconsorcio pasivo necesario (a excepción de los arts. 109, 233, 238.2, 405.2 y 558.2 TRLC). Con todo, la pretensión formulada frente al deudor no desencadena perjuicios si se emplaza *ex officio* a la administración concursal (art. 509 TRLC), garantizando la personación de la masa.

vez, el 15 de febrero de 2021), respecto al juicio cambiario, por su especialidad (con embargo preventivo de los bienes *ex art.* 821.2.2º LEC), es necesario suspender el procedimiento. En cambio, en los procedimientos monitorios, se debe distinguir entre aquellos en que concurre oposición del requerido de pago, siendo el juicio verbal el procedimiento adecuado y donde el juez que conoce del monitorio continuará sustanciando el procedimiento, de aquellos otros en los que por razón de la cuantía es necesario que el solicitante presente nueva demanda, en los que es competente el juez del concurso. En ausencia de oposición, en tanto procede el despacho a la ejecución, resulta aplicable el art. 143 TRLC con suspensión del procedimiento. Al respecto, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Monitorio y concurso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, pp. 223 y ss.

¹³⁹² En el régimen de intervención, la solución se presenta inicialmente menos problemática en tanto se produce identidad subjetiva en el titular de los hechos constitutivos de la pretensión formulada por el actor y el gestor del patrimonio concursal (con la anuencia del administrador para la realización de determinados actos).

Como señalara DE LA OLIVA: «Algunos autores han entendido que el administrador es titular de las acciones necesarias para que la masa cumpla sus fines y que, por tanto, está y actúa en el proceso en nombre propio y no en nombre de la masa, como representante de ella. Esto puede sostenerse sin excesiva dificultad para los supuestos en que el administrador es demandante en beneficio de la masa: ejercita o afirma, se diría, acciones que a él mismo -no a la masa- le corresponden y, por tanto, él es la parte, no la masa. Pero cuando alguien quiere hacer efectivos ciertos derechos y entiende que han de satisfacerse por o con cargo a la masa, ¿puede seguir sosteniéndose que hay que demandar al administrador, pero no en nombre y representación de la masa, sino en su propio nombre? No: evidentemente, hay que demandar al administrador en cuanto tal, lo que equivale a demandar a la masa»¹³⁹³.

En refuerzo del art. 509 TRLC, en las acciones con trascendencia para la masa activa sustanciadas ante un juez o tribunal de los órdenes social, contencioso-administrativo o penal, el art. 136.3 TRLC impone el emplazamiento «a la administración concursal y, si se personase, la tendrán como parte en defensa del interés del concurso»¹³⁹⁴. Esta previsión legal consagra y extiende a otras jurisdicciones el deber legal del juez o tribunal de llamamiento a la administración concursal.

En la impugnación del inventario o la lista de acreedores, elaborados por la administración concursal, la constitución de la relación jurídico-procesal presenta un problema similar, con ciertas particularidades.

La remisión al incidente concursal (arts. 532 y ss. TRLC) del art. 300.1 TRLC no resuelve quién ha de ser demandado -«se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda» (art. 534.1 TRLC)-; aunque ofrece base normativa para facilitar la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados ante eventuales desvíos en la identificación subjetiva pasiva en que pudiera incurrir el actor (art. 534.2 TRLC; vid., asimismo, arts. 509 y ss. TRLC). Este tratamiento es especialmente transigente respecto a aquellos que ostentan previamente la condición de parte y los acreedores incluidos en la lista, pues su intervención tendrá lugar «sin necesidad de especial pronunciamiento del tribunal, ni audiencia de las partes».

¹³⁹³ Cfr. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), cit., pp. 140 y 141. A favor, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., p. 213.

¹³⁹⁴ En redacción del derogado art. 50.4 LC: «emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase».

A nivel dogmático, la identificación de quién ha de ocupar la posición pasiva en estos incidentes no es pacífica. Algún autor postula que la demanda incidental de impugnación ha de emprenderse frente al deudor y la administración concursal. En su defecto, especialmente respecto a esta última, se aduce que procede acordar de oficio la inadmisión a trámite de la demanda, o, en su carencia, a instancia de parte, estimar la excepción procesal relativa al defecto legal en el modo de proponer la demanda (art. 416.1.5ª LEC), y, subsidiariamente, la relativa a la falta del debido litisconsorcio (art. 416.1.3ª LEC)¹³⁹⁵. En el lado opuesto ha sido defendido que, por cuanto la administración concursal y la concursada son partes necesarias (art. 509 TRLC), el juez emplazará a ambas, no valorándose imprescindible que formalmente la demanda se dirija frente a una u otra¹³⁹⁶.

A nuestro juicio, técnicamente la pretensión procesal ha de ser formulada frente a la masa -o frente a la administración concursal en nombre de la masa-. No constituye, empero, un exceso desprovisto de justificación que la demanda también se dirija frente al deudor. Lo que resulta meridiano es que interpuesta la demanda incidental sin identificación de los referidos sujetos en la parte pasiva, no es ajustado a Derecho el dictado de un auto de inadmisión a trámite. Solo cuando resulta imposible identificar a los demandados procede inadmitir *in limine* la demanda, previa posibilidad de subsanación al peticionario, dada su estrecha conexión con el derecho de acceso a los tribunales y el principio *pro actione* del art. 24.1 CE.

En el incidente de impugnación del inventario o la lista de acreedores, este problema se observa remoto. Formulada la demanda incidental, no es probable que el juez descubra problemas en la identificación subjetiva de los demandados. La previsión de emplazamiento *ex officio* garantiza la integración de las partes imprescindibles (deudor, administración concursal¹³⁹⁷ y titular del crédito afectado por la

¹³⁹⁵ En este sentido, VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., p. 557.

¹³⁹⁶ Cfr. SJM nº 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2008 (AC 2008, 804).

¹³⁹⁷ Por razones obvias, la administración concursal debe ser demandada, en tanto que es quien ha elaborado y calibrado los documentos que son objeto de impugnación [VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., pp. 561 y 562, y CONDE FUENTES, «La impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 33, 2014, p. 8, versión digital]. En la confección de estos textos, la administración concursal ejerce una suerte de función de auxilio judicial -función de informe y evaluación-.

Alguna resolución judicial ha considerado que el concursado, en tanto titular del patrimonio concursal, tiene también un interés directo en el resultado del incidente [SJM nº 1 de Málaga, de 8 de octubre de 2008 (JUR 2008, 357110)] y ha de ser demandado para evitar una eventual indefensión [SJM nº 1 de Madrid, de 5 de julio de 2005 (AC 2005, 976)]. Reconocen expresamente que deudor y

impugnación)¹³⁹⁸ en orden a la válida prosecución y término del incidente mediante resolución sobre el fondo¹³⁹⁹.

El descuido del juzgador puede ser depurado a instancia de parte que, en la contestación a la demanda o en la vista, puede alegar la inadecuada constitución de la *litis*, con ordinaria subsanación y emplazamiento de la parte ausente en los términos exigidos legalmente.

El estatuto jurídico que parece instaurar el art. 534.2 TRLC respecto a tales sujetos -aquellos «que ostenten previamente la condición de parte en el concurso o se

administración concursal constituyen las únicas partes en el lado pasivo del incidente concursal, SSJM nº 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2007 (AC 2007, 804), y nº 1 de Madrid, de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976) y de 5 de julio de 2005 (AC 2005, 1148). Entienden que no es necesario dirigir la demanda contra el deudor, sin perjuicio de su facultad de intervención, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, cit., p. 506, nota al pie 34, y CONDE FUENTES, «La impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)», cit., pp. 8 y 9, versión digital.

Ante la impugnación de los referidos textos, es cuestionable determinar si la administración concursal opera en el proceso en representación de la masa o en nombre propio. Nos inclinamos por lo primero pues el administrador o los administradores concursales no actúan por un interés individual particular sino en interés de la masa concursal, que asume las costas y las consecuencias patrimoniales del pronunciamiento jurisdiccional que se dicte (de igual opinión, LÓPEZ SÁNCHEZ, *ibidem*). Asimismo, se puede predicar en el resto de incidentes concursales (v.gr., arts. 165 a 168 TRLC) en los que la administración concursal, en su actuación procesal, no actúa en beneficio propio sino de la masa.

¹³⁹⁸ Defienden que la impugnación debe dirigirse contra la administración concursal y, de existir, contra el titular del crédito afectado por la impugnación, GARRIDO, «Comentario al artículo 96», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1713, 1715 y 1717; CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1117 y 1118; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso concursal*, cit., pp. 505 y 506; y CONDE FUENTES, «La impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)», cit., p. 9.

Respecto a los acreedores directamente afectados por la impugnación la condición de parte resulta obligada [AAP de Madrid (Sección 28ª) 216/2008, de 16 de octubre (Roj: AAP M 12932/2008)]. Sin embargo, de la norma concursal no se infiere que la demanda haya de ser dirigida formalmente contra tales acreedores. A diferencia de lo que ocurre con el deudor y el administrador concursal que forzosamente han de ser emplazados (art. 509 TRLC), junto al art. 534.2 TRLC, solo el art. 536.3 TRLC reconoce que la providencia que admite a trámite el incidente emplazará a las partes personadas. No se deduce, pues, un obligado traslado *ex officio* respecto a aquellos acreedores no comparecidos en forma (cfr. art. 512.2 TRLC). Con todo, en estas hipótesis, en aplicación supletoria de los arts. 5.2, 12 y 404 LEC, parece forzoso dirigir la demanda frente al acreedor no comparecido -en este sentido, SENÉS MOTILLA, «Comentario al artículo 194», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, p. 2818; GARRIDO, *ibidem*, pp. 1713, 1715 y 1717; CORDERO LOBATO, *ibidem*, p. 1118; y LÓPEZ SÁNCHEZ, *ibidem*, p. 506- en orden a garantizar el principio de audiencia y la prohibición de indefensión. Refieren la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario, con posibilidad de promoción de un incidente de nulidad de actuaciones ante el dictado de una sentencia sin emplazamiento del acreedor perjudicado, RUIZ MONGE/FRANCO BETEGÓN, «La legitimación pasiva en la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal», *Diario La Ley*, nº 7466, pp. 4 a 6 (versión digital).

Más peliaguda es la posición que han de ocupar, y la eventual calidad de parte que deben asumir, los acreedores que indirecta o directamente pueden verse afectados por los cambios producidos en los referidos textos. Respecto a un efecto reflejo o indirecto, en la jurisprudencia menor se ha estimado la falta de legitimación pasiva de los acreedores «por carencia de interés y afectación por el fallo» [así, en SAP de Barcelona (Sección 15ª) 460/2004, de 13 de octubre (Roj: SAP B 15815/2004)].

¹³⁹⁹ En contra, al entender que se produce una “reconducción ilegal” de la demanda (sic), VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, cit., pp. 556 a 558.

trate de acreedores incluidos en la lista de acreedores»- es el de intervención litisconsorcial, con autonomía funcional plena en el incidente, en contraste con la posición de otros sujetos a los que se ha de reconocer el estatuto de interviniente adhesivo simple.

9. LA POSICIÓN PROCESAL DE LOS ACREEDORES Y LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES EN LOS ARTS. 94, 122, 232 Y 461.1 TRLC

9.1. La legitimación subsidiaria de los acreedores

El fundamento de la legitimación subsidiaria de los acreedores se ubica en el perjuicio o potencial merma que pueden padecer indirectamente ante una mengua de la masa activa -sea consecuencia de un acto lesivo, sea por motivo de la ausencia de un ingreso debido- ante la inacción del sujeto facultado, con carácter principal, para su impugnación y contradicción en sede judicial. Se trata de un mecanismo de control de la actuación de la administración concursal o, en su caso, al deudor, en garantía de la correcta formación de la masa activa ante una indebida tutela del interés del concurso¹⁴⁰⁰.

La legitimación se predica de los acreedores. No hay mayor concreción en los arts. 94, 122, 232 y 461.1 TRLC. Es extensible, por tanto, a todos ellos, sin distinción de rango o cuantía del crédito: sean del deudor o de la masa¹⁴⁰¹. No hay fundamento para negar legitimación a los integrantes de este último grupo, fundamentalmente en los supuestos -nada improbables- en los que el patrimonio concursal sea insuficiente para la satisfacción de tales créditos¹⁴⁰².

¹⁴⁰⁰ Para SANCHO GARGALLO, «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», cit., p. 333, en relación a la legitimación subsidiaria de los acreedores en las acciones de rescisión concursal y otras de impugnación: «Su justificación radica en que si la legitimación de la administración concursal es representativa de los intereses de los acreedores y de la masa del concurso, un defecto o, mejor dicho, la insuficiencia efectiva de esta representación, legitima excepcionalmente para accionar a los titulares de los intereses representados».

¹⁴⁰¹ En contra, en lo que hace a las acciones de reintegración, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 173, nota al pie 16, para quien la legitimación solo se predica de los acreedores concursales, y no de los acreedores de la masa «pues la actuación que éstos emprendan, en su caso, persiguiendo la rescisión de un determinado acto, siempre lo será en interés propio».

¹⁴⁰² En este sentido, respecto a las acciones del derogado art. 54 LC, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1026, y, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 558 y 559.

Respecto a los acreedores concursales, exclusivamente gozan de legitimación aquellos que consten como tales en el proceso concursal. La acción solo puede prosperar, en consecuencia, respecto a los titulares de créditos que figuren en la lista de acreedores, con independencia de que deriven de una comunicación tardía (arts. 303 y ss. TRLC).

Las bondades de este reconocimiento¹⁴⁰³ se complementan con un favorable tratamiento de los gastos asociados a su interposición y de los resultados del proceso¹⁴⁰⁴. Los acreedores litigan a su costa y la estimación total o parcial de la demanda ingresa en la masa activa, con derecho exclusivo al reembolso con cargo a esta «una vez que la sentencia sea firme» y «de los gastos y costas en que hubieran incurrido hasta el límite de lo efectivamente percibido por la masa» (arts. 122.2 TRLC; cfr. arts. 96 y 232.3 *in fine* TRLC). Tales desembolsos económicos ocasionados por la asistencia y representación de los acreedores tendrán la consideración de créditos contra la masa hasta el referido margen (art. 242.4º TRLC).

9.2. En el ejercicio de las acciones de los arts. 122, 232 y 461.1 TRLC

9.2.1. La legitimación por sustitución de los acreedores

Los acreedores están dotados del derecho de acción subsidiariamente para asegurar la adecuada constitución de la masa activa. Ante la inactividad de la administración y/o el deudor se articula este excepcional mecanismo de protección patrimonial.

Esta legitimación, reconocida respecto a las acciones de carácter patrimonial que correspondieran al concursado (art. 122.1 TRLC), de rescisión concursal y de

¹⁴⁰³ Ahora bien, es una regla que no opera con carácter general. Esto es, funciona de manera desigual atendiendo al tipo de acción. En este sentido, resulta aconsejable una mayor armonización de la aludida legitimación como instrumento orientado a garantizar la adecuada conformación de la masa activa, con extensión, por ejemplo, a las acciones contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso (art. 131.1 TRLC).

¹⁴⁰⁴ Aunque en los trabajos iniciales, con un régimen precedente de legitimación exclusiva, esta previsión despertó ciertos celos. Entre otros, vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», *Estudio sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, cit., p. 174, para quien este inciso «puede complicar innecesariamente el procedimiento concursal»; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», *Actualidad jurídica aranzadi*, nº 591, cit., p. 1 (versión digital): «puede ser la ocasión para que se suscite un cúmulo de problemas derivados de las relaciones que se den entre la administración concursal y los acreedores interesados en tal proceder»; y CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 827.

impugnación conforme al derecho general (arts. 232 y 238.2 TRLC; excluidos los acuerdos de refinanciación y acuerdos de refinanciación *ex art.* 699 TRLC) y de ejecución de la condena o condenas de la sentencia de calificación (art. 461.1 TRLC), constituye un supuesto típico de legitimación por sustitución¹⁴⁰⁵. Cualquier acreedor, concurriendo los presupuestos contenidos en los referidos preceptos, puede instar la tutela jurisdiccional de un derecho ajeno, en nombre e interés propio.

En nombre propio porque el titular del crédito no actúa *alieno nomine*, sea en nombre de la masa concursal, del deudor o del resto de acreedores; el acreedor instante es la parte procesal. En interés propio, porque aunque el interés que habilita el ejercicio de la acción es el interés de la masa (sic *ex art.* 122.2 TRLC)¹⁴⁰⁶, la formulación de la pretensión se emprende para obtener un rédito económico individual.

Como fenómeno de sustitución procesal se evita que la pasividad del titular de otra relación jurídica, conectada con la relación interesada por la parte, cercene los intereses del sustituto en su relación con el sustituido, con ampliación de la legitimación a aquel en refuerzo de la tutela jurisdiccional perseguida. El éxito de la acción redunda directamente en el sustituido¹⁴⁰⁷ y no en el sustituto -el acreedor instante-.

Las costas corren a cargo del sustituto con la especialidad, en contraste con otras hipótesis de sustitución procesal, de que la estimación de la pretensión, aunque sea

¹⁴⁰⁵ En este sentido, respecto a las acciones de los derogados arts. 54 y 71 LC, MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 359 y 360, y GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, cit., pp. 395 y 431. Respecto a las acciones del derogado art. 54 LC, vid. RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 54», cit., p. 295, y MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., pp. 557 y 558. Y en relación a las acciones de reintegración, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 172 y 173.

En referencia a las acciones del art. 54 LC, manejó la categoría de la legitimación indirecta, con todos los caracteres de una acción subrogatoria, CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero...*, cit., pp. 123 y 124. Este carácter ha sido destacado, asimismo, por MARÍN LÓPEZ, *ibídem*, y SÁNCHEZ LÓPEZ, *Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas)*, cit., pp. 83 a 85. En las acciones del art. 71 LC, aludía a una legitimación extraordinaria de los acreedores REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil* (dirs. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA), vol. VII, 2009, p. 301.

¹⁴⁰⁶ A juicio de CORDÓN MORENO, «Comentario al art. 54», cit., p. 632, en relación a las acciones del derogado art. 54 LC, los acreedores no actúan en virtud de una legitimación por sustitución «en sentido estricto» en tanto el sustituto no actúa en defensa de un interés propio sino de la masa. Discrepamos de esta consideración pues se confunde el interés del sustituido, siempre defendido por el sustituto en sede procesal en fenómenos de sustitución procesal, con el interés del sustituto, que subyace y constituye el fundamento de la atribución de legitimación. Sobre la cuestión, vid. NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, cit., pp. 94 y 95.

¹⁴⁰⁷ Hasta que no opere la modificación legal que propugnamos en la presente memoria, de *lege data*, para las acciones de los arts. 119 y 120 TRLC, el sustituido es el deudor o la administración concursal, según el régimen decretado. En las acciones de los arts. 226 y 238 TRLC, el sustituido es, sin excepción, la administración concursal.

parcial, puede ser objeto de reembolso con cargo a la masa activa en los términos descritos (arts. 122.2 y 232.3 TRLC)¹⁴⁰⁸.

9.2.2. Presupuestos para el ejercicio de la acción por los acreedores

Los presupuestos que han de concurrir para el ejercicio de estas acciones son dos. El acreedor ha de instar «por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción de carácter patrimonial que correspondiera al concursado, con expresión de las concretas pretensiones en que consista y de la fundamentación jurídica de cada una de ellas»; y la administración concursal o el concursado -en caso de intervención, en acciones *ex art. 119 TRLC*-, no han de hacer valer la acción instada en el plazo de dos meses desde la formulación de aquel requerimiento (un mes en la acción del art. 461.1 TRLC).

En relación al primer presupuesto es discutible si, tras la formulación de tal requerimiento por escrito a la administración concursal (o, en su caso, al deudor)¹⁴⁰⁹, la legitimación queda circunscrita a los acreedores requirentes o es extensible al resto de titulares crediticios. De una interpretación literal del texto concursal (arts. 122.1, 232.1 y 461.1 TRLC: «los acreedores que hayan instado por escrito (...) estarán legitimados»)

¹⁴⁰⁸ En opinión de HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 177, si los demandados en el incidente hubieran sido condenados en costas, el acreedor puede obtener el reembolso tanto de estos como de la masa, pues su derecho no está condicionado a haber intentado sin éxito el reintegro del condenado en costas. En contra, MUÑOZ GONZÁLEZ, «Los gastos del incidente concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 12, 2007, p. 145, para quien solo si no hay expresa imposición de costas, los acreedores instantes tendrán derecho al reembolso con cargo a la masa activa. Si hay expresa condena de costas, por tanto, aquellos solo podrán dirigirse frente al condenado (y no frente a la masa).

¹⁴⁰⁹ Por imperativo legal, este requerimiento debe hacerse de forma escrita (arts. 122.1, 232.1 y 461.1 TRLC). Ahora bien, no es necesaria la fe notarial. Es suficiente cualquier medio que permita acreditar la realización y recepción del requerimiento por la administración concursal (v.gr., escrito con firma indubitada del administrador).

En cuanto a los destinatarios, siguiendo el tenor legal, el escrito ha de ser dirigido a la administración concursal. En casos de intervención, respecto a las acciones del derogado art. 54 LC (actual art. 119 TRLC), ha sido defendido que lo aconsejable es que el requerimiento también se dirija frente al deudor. En este sentido, vid. MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 560; GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, cit., p. 396; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La capacidad del deudor concursado*, cit., p. 89; y ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, cit., p. 298. En contra, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1026, para quien el traslado al deudor del requerimiento efectuado corresponde a la administración concursal.

se infiere lo primero¹⁴¹⁰; del espíritu y finalidad de los referidos preceptos parece propugnarse lo segundo¹⁴¹¹.

A nuestro modo de ver, una vez proporcionada la información relevante para entablar la acción y constatada la pasividad de la administración concursal (o, en su caso, el deudor), cualquier acreedor, incluidos aquellos no requirentes, pueden interponer la aludida acción en beneficio de la masa¹⁴¹².

Doctrinalmente, hay consenso en la imposibilidad de que el acreedor solicite la impugnación de un acto no especificado en el escrito de requerimiento¹⁴¹³. No, en cambio, en la vinculación de la *causa petendi* expuesta en la comunicación previa dirigida a la administración concursal. Es complejo esclarecer si, al articular la demanda, el acreedor queda limitado a incorporar exclusivamente los motivos aducidos en el escrito, o, por el contrario, puede integrar nuevos aditamentos respetando el “itinerario” argumental expuesto en el mismo¹⁴¹⁴. En nuestra opinión, esta segunda opción se reputa más razonable.

En relación al segundo presupuesto, junto a la formulación del requerimiento, la efectiva concesión de esta posibilidad de actuación en juicio a los acreedores se supedita al transcurso del plazo de uno o dos meses, a contar desde la formulación de aquel escrito, según la acción (arts. 461.1 y 122.1 y 232.1 TRLC, respectivamente). La norma guarda silencio, sin embargo, sobre la posibilidad de ejercitar la acción si, en un

¹⁴¹⁰ De esta opinión, respecto a las acciones del art. 54 LC, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1027, y, MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 54», cit., p. 558

¹⁴¹¹ Cfr. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 879. Respecto a las acciones de reintegración, en igual sentido, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 173 y 174.

¹⁴¹² En palabras de HERRERO PEREZAGUA, *ibidem*, p. 174: «el mecanismo para poner en marcha la legitimación por sustitución ha sido actuado, es decir, se ha brindado a los administradores la información necesaria para entablar la acción (...); en consecuencia, si la acción no se emprende por quien ostenta la legitimación directa, deja de existir óbice alguno para que lo hagan los sustitutos, calidad ésta que se predica de todos los acreedores concursales».

¹⁴¹³ Vid. GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 879. Respecto a las acciones del derogado art. 54 LC, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1027; y en lo que hace a las acciones de reintegración, HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 174 y 175.

¹⁴¹⁴ Partidario de esto último GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 879: «A este respecto, pudiera pensarse que, al menos, vincula el tipo de acción que se anunciara –con seguridad, si la propuesta inicialmente era una acción de nulidad, por simulación u otra causa-, en la medida en que se pretendiera luego una ineficacia “menor” y diversa -v.gr. rescisión-; y puede resultar también defendible que la concreta legitimación no queda supeditada, siempre que se mantenga la “trayectoria”, a la mera reproducción de los primitivos desarrollos argumentales». Como apunta HERRERO PEREZAGUA, al menos frente a la adición de nuevas causas de pedir, se podría argumentar la inobservancia de lo previsto en la norma concursal, con sobreseimiento del proceso en el que la acción se hubiere ejercitado (en «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 174).

momento anterior, se cuenta con la negativa a su interposición por parte de la administración concursal (o el deudor en las acciones del art. 119.1 TRLC)¹⁴¹⁵.

A favor de habilitar el ejercicio de la acción concurren los siguientes argumentos. En primer lugar, la propia conveniencia de no demorar la formulación de la pretensión, pues las circunstancias pueden aconsejar su inmediata interposición (v.gr., por prescripción de la acción). En segundo lugar, la facultad de la administración concursal para intervenir en el proceso iniciado por el acreedor¹⁴¹⁶, o incluso, tras la entrada en vigor del TRLC, entablar la oportuna acción (art. 232.2)¹⁴¹⁷, con plenas posibilidades de alegación y prueba (arts. 122.3 y 232.1 *in fine* TRLC)¹⁴¹⁸.

9.2.3. El tratamiento procesal de la falta de capacidad de conducción procesal y de legitimación

Como ya apuntamos, la capacidad de conducción procesal es susceptible de control *in limine*, como un requisito procesal independiente de la legitimación. Este requisito procesal, desligado de la cuestión de fondo, evita procesos superfluos, con respeto de la economía procesal.

La sujeción de los acreedores a los descritos presupuestos facilita el examen de su capacidad de conducción procesal. Es decir, solo acreditado por estos sujetos que reúnen la facultad de dirección procesal en estas acciones -titularidad de un crédito en el concurso y requerimiento previo a la administración concursal (o, en su caso, al

¹⁴¹⁵ En contra, al entender que debe ser agotado el plazo de dos meses, aun con esta negativa, BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1027. En igual sentido respecto a las acciones de reintegración, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», *Actualidad jurídica aranzadi*, nº 591, cit., pp. 1 y 2 (versión digital), que aboga por agotar el plazo habida cuenta de que los administradores siempre pueden reconsiderar en ese interregno de tiempo su inicial negativa.

¹⁴¹⁶ En relación a la LC, con apoyo en ambos argumentos, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., pp. 175 y 176, y GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», cit., p. 878.

¹⁴¹⁷ En esta dirección, respecto a las acciones rescisorias y de impugnación ordinarias (arts. 226 y 238), el TRLC adiciona este nuevo inciso que reconoce legitimación a la administración concursal para promover la rescisión del acto, con indiferencia del transcurso del plazo de dos meses y de su ejercicio previo por los acreedores. En este último escenario reza el art. 232.2 *in fine* TRLC: «Si ya hubiera sido ejercitada por los acreedores, el juez del concurso procederá de oficio a la acumulación de los procedimientos».

¹⁴¹⁸ La intervención procesal de la administración concursal es adhesiva litisconsorcial. De esta suerte, puede defender las pretensiones formuladas por los acreedores o cualesquiera otras que entienda oportunas, continuar el pleito aunque el acreedor accionante renuncie, desista o se aparte del procedimiento, o utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que se estimen perjudiciales aunque el acreedor litisconsorte las consienta (art. 13.3 LEC). Sin expresa catalogación del tipo de intervención, parece conferir igual estatuto procesal BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 54», cit., p. 1028.

deudor)- debería ser posible entrar a valorar su legitimación, como presupuesto de la acción, que ha de ser controlado al dictar sentencia¹⁴¹⁹.

Como es lógico, el examen de este presupuesto se puede realizar de oficio, con inadmisión de la demanda a trámite, o a instancia de parte, en la contestación a la demanda (arts. 536.3 TRLC y 438 LEC) o en la vista (arts. 540 TRLC y 418 y 443.2 LEC), con consecuente dictado, en caso de estimación, de un auto de sobreseimiento. Si el defecto no se advierte hasta el momento de dictar sentencia, la resolución debe ser absolutoria de la instancia.

9.3. En el ejercicio de la acción del art. 94 TRLC

El art. 94.1 TRLC acoge un supuesto de legitimación por sustitución de rasgos singulares. No obstante, comparte alguna característica con las acciones previstas en los arts. 122 y 232 TRLC.

La legitimación conferida a los acreedores -junto al deudor- en el art. 94.1 TRLC, no es subsidiaria sino principal (primera singularidad). Ante la existencia de daños y perjuicios al patrimonio concursal ocasionados por los actos y omisiones contrarios a la ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia, cualquier acreedor podrá interponer la pertinente acción de responsabilidad frente a los administradores o auxiliares delegados.

Es obvio que los acreedores hacen valer un derecho que no es propio sino de la masa. En consecuencia, al ejercitar la acción se sirven de un derecho ajeno, defendido judicialmente en nombre e interés propio.

En nombre propio, pues actúan por sí mismos y no por terceros; en interés propio, dado que persiguen maximizar la reconstrucción del patrimonio concursal para una más completa satisfacción de su crédito.

Los acreedores cuando formulan la demanda no lo hacen pidiendo para sí, sino para el patrimonio concursal. Por tanto, el bien objeto de la pretensión de condena no ingresa en su patrimonio personal sino en el de la referida masa activa. La particularidad

¹⁴¹⁹ Al respecto, vid. HERRERO PEREZAGUA, «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», cit., p. 178.

del fenómeno radica en que el sustituido -el patrimonio separado- no puede actuar en el proceso sino por medio del sustituto -acreedores o deudor- (segunda singularidad).

Descartamos que el acreedor -o deudor- que entabla la acción actúe en virtud de una representación necesaria de la masa. A todos los efectos es el acreedor instante el que adquiere la condición de parte: gozan de plenas posibilidades de alegación y prueba, disponen del objeto del proceso y asumen los gastos y costas procesales. No está prevista, por lo demás, la ordinaria actividad fiscalizadora de la administración concursal.

La estimación de la acción ejercitada facilita al acreedor instante, en un incentivo similar al estipulado en las acciones de los arts. 122 y 232 TRLC, el reembolso de los gastos que hubiere soportado con cargo a la cantidad efectivamente percibida (art. 96 TRLC).

CONCLUSIONI

I

Il procedimento fallimentare non è un tipico processo di esecuzione. La tutela giurisdizionale che fornisce, l'eterogenea attività svolta e i singolari principi procedurali su cui si basa permettono di distinguerlo da un comune processo esecutivo.

È inoltre discutibile che tali procedimenti possano essere ricondotti in una categoria esecutiva comune. Da un lato, perché il procedimento fallimentare, che generalmente è parte dell'attività esecutiva, potrebbe non contenerla. D'altro, perché si tratta di un processo che fornisce una tutela più intensa e variegata che non può essere spiegata considerando solo i parametri dell'esecuzione forzata.

II

Il procedimento fallimentare, come strumento di tutela, stenta ad adattarsi alle lineari strutture previste nella LEC. La diversità e la pluralità di interessi che intende assicurare e la doppia funzione pubblico-privata che soddisfa impongono una struttura diseguale in pregiudizio di una protezione efficace.

Ciò lo rende compatibile con l'interesse dello Stato di garantire un'adeguata gestione della massa fallimentare, con l'attribuzione di poteri eccezionali all'organo giurisdizionale e ai curatori fallimentari che attenuano i principi propri del processo civile.

III

Il procedimento fallimentare è caratterizzato sia dalla dualità delle parti sia dal principio di contraddizione. Nonostante le difficoltà connesse a un processo con una pluralità di oggetti, tali caratteristiche si deducono considerando l'ambito di tutela e i procedimenti incidentali che si possono sollevare (art. 534 TRLC).

Il TRLC, infatti, garantisce una reale contrapposizione di interessi, attraverso il riconoscimento della qualità di parte ad un variegato numero di soggetti (artt. 509, 512 e 514 TRLC), che ha dotato dei diritti, delle facoltà, dei doveri e degli oneri procedurali inerenti a tale condizione.

La contraddizione è ancor più evidente se si considera il rigido sistema di chiamata diretto a facilitare che il debitore e i creditori, così come il resto dei soggetti che possono essere colpiti, vengano a conoscenza del processo e delle possibilità di essere ascoltati e, in questo caso, di intervenire nel giudizio.

IV

In questa cornice, il principio giuridico-naturale di uguaglianza subisce alcune modulazioni dal punto di vista del fallito, come conseguenza della generale sottomissione del suo patrimonio. La diversa intensità, in conformità con il regime di amministrazione e di disposizione patrimoniale, nei processi che incidono sulla conformazione della massa fallimentare, delle restrizioni imposte all'esercizio del diritto di azione e al potere di disposizione dell'oggetto del processo costituiscono esempi in questo senso.

Questa posizione mette a confronto lo status riconosciuto al debitore nel resto degli incidenti e dei processi in cui si sostanziano le tutele dichiarative. L'intervento legalmente obbligatorio o nell'interesse della massa, salvo nel caso in cui sia accessorio, è favorito con pieni poteri per l'esercizio del suo diritto di azione e difesa in giudizio, con possibilità di presentare eccezioni e prove (artt. 242.3 e 4 TRLC).

In modo moderato, nelle fasi dell'accordo, di liquidazione e di "*calificación*" si estende quella posizione passiva e di eminente subordinazione del fallito.

V

Il principio dispositivo subisce alcune oscillazioni nel procedimento fallimentare. Con diversa presenza, in funzione della fase del fallimento, si osserva la partecipazione del principio dispositivo formale. Ciò si verifica all'inizio del procedimento di fallimento, attivandolo, e negli incidenti di tutela diretta della massa, con particolare riferimento alla delimitazione del suo oggetto.

La richiesta di una concreta tutela giurisdizionale determina l'applicazione del dovere di congruenza: il giudice fallimentare non può accordare nulla di più né di diverso a quanto richiesto dalle parti. Allo stesso modo, non può concederlo sulla base

di fatti o titoli giuridici da queste non adottati. Fanno eccezione il controllo di legalità dell'accordo e la definizione del piano di liquidazione, che conferisce al giudice un potere eccezionale.

VI

L'effetto patrimoniale della massa attiva si produce a partire dall'adozione del provvedimento (*auto*) in cui si dichiara il fallimento a seguito della pubblicazione della dichiarazione nel BOE (art. 35.1 TRLC).

Gode di un carattere meramente dichiarativo e non costitutivo la pubblicità nei registri pubblici (incluso nel registro fallimentare). Il regime della pubblicità nel registro prevista agli artt. 36 e 37 TRLC mostra che l'assenza di iscrizione o dell'iscrizione preventiva, a differenza della pubblicità nel BOE, non produce un vizio di nullità che può privare della possibilità di essere ascoltato (artt. 238.3° LOPJ e 225.3° LEC), suscettibile di essere impugnato (artt. 240 e 241 LOPJ e 227 e 228 LEC).

VII

L'effetto patrimoniale derivante dalla dichiarazione di insolvenza e l'integrità della massa attiva possono determinare la rimozione totale o parziale del debitore e l'imposizione di regole speciali per i creditori, che sono integrati nella massa passiva *ope legis*, rendendo impossibile aggredire giuridicamente i beni e i diritti che costituiscono il patrimonio fallimentare.

VIII

L'ampia tutela riparativa che il procedimento fallimentare deve dispensare per raggiungere i suoi fini giustifica il principio di universalità, con il riconoscimento di facoltà e rimedi eccezionali volti a preservare la massa attiva di fronte ad atti del debitore che potrebbero arrecare pregiudizio o favorirla al fine di difendere in modo prioritario l'interesse fallimentare.

In tal modo, l'efficacia della dichiarazione di fallimento si estende agli atti realizzati dal debitore nei due anni precedenti a tale dichiarazione, con sovrapposizione dell'interesse della massa attiva sull'interesse della sicurezza del traffico legale, e alterazione delle norme di tutela del registro nei confronti del primo acquirente in buona fede. Inoltre, questo carattere retroattivo è rafforzato dall'eventuale esercizio cumulato di azioni (artt. 226 e 238 TRLC), il quale rende possibile una tutela rafforzata di fronte agli atti del debitore e favorisce la reintegrazione dei beni della massa attiva del fallimento.

Questa forza espansiva tendente a massimizzare il valore della massa fallimentare è completata da altri strumenti che facilitano l'estensione della responsabilità ai beni personali di terzi legati al fallito (artt. 131, 132, 455.2.3°, 4° e 5° e 456 TRLC).

IX

La dichiarazione di fallimento stabilisce una soggezione ideale ed *erga omnes* dei beni e dei diritti della massa attiva alla destinazione giuridica perseguita dal processo fallimentare. Ogni disposizione diretta a riconoscere un atto di occupazione materiale o di pignoramento complementare diventa superflua per assicurare la soggezione del patrimonio.

In senso stretto, l'ordinanza (*auto*) di dichiarazione del fallimento si serve di effetti e misure che assoggettano il patrimonio in modo più intenso e rafforzato rispetto al pignoramento nell'esecuzione forzata. Questa maggiore gravità si produce tenendo conto di due circostanze: innanzitutto, la garanzia di intrasferibilità dei beni a terzi, una volta iscritto il fallimento nel registro dei beni. A tal fine, è previsto un doppio sistema: da un lato è esclusa la tutela dell'iscrizione nel registro dei terzi acquirenti (artt. 109,4, 321,2 e 558,2 TRLC); dall'altro si preclude la possibilità di iscriversi nel registro ai pignoramenti e ai sequestri, che possano compromettere l'integrità patrimoniale (art. 37.2 TRLC). In mancanza di iscrizione nel registro della dichiarazione di fallimento, è possibile trasferire il bene a terzi, seppur questo continui a essere vincolato alle finalità del fallimento a meno che sia possibile opporre quanto iscritto nel registro. Il regime

disegnato dopo l'approvazione dell'accordo che presenta alcune specialità costituisce un'eccezione.

La seconda circostanza è costituita dalla previsione di strumenti diretti a impugnare le azioni del debitore in contrasto con le limitazioni patrimoniali accordate (artt. 109 e 558,2 *in fine* TRLC), o in pregiudizio della massa attiva, con possibilità di tutela retroattiva del rimprovero giuridico e della reintegrazione del bene (artt. 226, 238 e 697 TRLC).

X

La soggezione del patrimonio fallimentare resta attivo durante tutto il processo, indubbiamente nelle fasi comuni e di liquidazione, ma anche con un certo rilassamento nella fase di accordo. Il controllo di legalità e il potere attribuito all'organo giurisdizionale nei diversi stadi di questa fase mostra l'assoggettamento del patrimonio fallimentare alla responsabilità contratta dal debitore e alle citate disposizioni normative e contenute nel registro volte a garantire la pienezza della massa.

Coerentemente, le cessioni della competenza del giudice fallimentare riguardanti le esecuzioni durante la fase del concordato, di carattere amministrativo o lavorativo *ex art. 144.1 TRLC* o di garanzie dei beni non necessari possono introdurre distorsioni che perturbano l'integrità patrimoniale e il principio della *par conditio creditorum*.

XI

La dichiarazione di fallimento attenua l'efficacia comune dei diritti reali di garanzia. Il potere dei titolari di crediti con garanzia reale si sfuma, come risultato del nuovo equilibrio che impone la situazione giuridica di concorso.

Una conferma in questo senso si rinviene nei limiti posti al diritto di esecuzione separata dei titolari di tali crediti e nelle possibilità di sospensione dell'efficacia della proprietà reale, da cui deriva il divieto di realizzazione diretta sui beni e l'applicazione di sistemi alternativi per soddisfare il credito (artt. 145 e ss. e 209 e ss. TRLC).

XII

Lo spossessamento del debitore derivante dalla dichiarazione di fallimento non produce nessun fenomeno espropriativo né dei beni, con trasferimento generale a un nuovo soggetto giuridico provvisorio o al potere pubblico, né della sua facoltà di disposizione. Non si produce una sorta di pignoramento del patrimonio fallimentare né si concede ai creditori uno speciale diritto sostanziale o reale.

XIII

La costituzione della situazione giuridica di fallimento non integra una fattispecie di successione universale, non determina l'incapacità del fallito né limita la sua capacità di agire. Comporta, invece, il divieto di amministrare e di disporre del debitore, la cui intensità cambia a seconda del regime patrimoniale accordato in giudizio. Nella sospensione tale divieto è assoluto; nell'intervento è parziale o consensuale, dal momento che l'autorizzazione dell'amministrazione fallimentare costituisce il requisito di idoneità dell'atto giuridico. In entrambi i casi, il curatore è investito del potere di annullare l'apparente efficacia dell'atto patrimoniale del debitore.

XIV

La dichiarazione di fallimento produce la totale privazione della legittimazione sostantiva del debitore nel regime di sospensione. Nell'intervento non è considerato allo stesso modo, poiché il debitore mantiene la legittimazione a porre in essere atti di gestione patrimoniale, con il necessario consenso dell'amministrazione fallimentare.

XV

L'origine del potere del curatore fallimentare si rinviene nella nomina del giudice. Tuttavia, tale potere non si acquisisce in forza di un atto di delega della potestà pubblica o di un mandato dell'organo giurisdizionale, ma dell'attribuzione di un titolo proprio conferito *ex lege* che opera per effetto di tale designazione.

XVI

L'amministrazione fallimentare non agisce, con carattere generale, in virtù di un titolo di rappresentanza: del debitore, dei creditori, di molteplici parti o del fallimento. Allo stesso tempo, per giustificare la posizione giuridica dell'amministrazione fallimentare, non sono valide le teorie organiche e dell'ufficio.

XVII

La potestà è il titolo giuridico che meglio descrive le possibilità di agire, di cui gode il curatore in sede fallimentare per soddisfare un interesse giuridico superiore, oggettivo e altrui. Costituendo la potestà il titolo astratto che ne giustifica la posizione giuridica, troviamo nella legittimazione, intesa come la capacità giuridica di compiere atti nella sfera giuridica altrui, la categoria concreta che abilita la sua attività in ambito sostanziale.

XVIII

Il rapporto tra giudice e amministrazione fallimentare non è orizzontale. L'organo giudiziario si trova in una posizione di superiorità e preminenza, controllando in modo permanente l'attività svolta dall'amministrazione fallimentare. È la manifestazione della potestà rafforzata concessa al giudice fallimentare, che si estende all'ordinamento e al controllo dell'attività strumentale del processo fallimentare.

XIX

L'amministrazione fallimentare gode di una natura giuridico-privata. Il curatore, invece, esercita funzioni dotate di una spiccata natura pubblica sebbene sia soggetto a un regime vicino a quello di coloro che svolgono funzioni pubbliche.

XX

L'interesse del fallimento è un concetto giuridico indeterminato che svolge una duplice funzione. In primo luogo, consente di individuare lo scopo, cui si dirige il processo fallimentare. In secondo luogo, funge da criterio ermeneutico per l'esercizio del diritto fallimentare e per l'applicazione degli strumenti previsti per legge volti alla tutela della funzione oggettiva che assumono i beni.

Dal punto di vista teleologico, l'interesse fallimentare è rappresentato dalla massima soddisfazione di alcuni creditori, secondo il sistema di distribuzione previsto per legge, e di riparazione sussidiaria del resto degli interessi colpiti dall'insolvenza.

Essendo un obiettivo intermedio o uno strumento al servizio della finalità del fallimento, detto interesse acquista un significato distinto a seconda delle differenti fasi. Nella fase comune, è assimilato alla conservazione attiva e alla massimizzazione del valore della massa, compresa l'eventuale ricostituzione e riparazione. Nella fase di accordo permane l'ideale della gestione attiva e dell'incremento della stimazione economica del patrimonio fallimentare al fine di soddisfare degli interessi che ne derivano, una volta approvato l'accordo. Nella fase di liquidazione, l'interesse del fallimento è equiparato al conseguimento del maggior reddito possibile derivante dalla realizzazione dei beni della massa attiva, con taluni adattamenti discrezionali del giudice quando si sceglie per la vendita totale dell'impresa o di una o varie unità produttive.

XXI

Il patrimonio fallimentare appartiene alla categoria dei patrimoni separati. Il fine a cui è diretto il procedimento fallimentare definisce l'applicazione di una peculiare disciplina al fine di applicare una funzione che i beni e i diritti che compongono la massa attiva acquisiscono per imperativo giuridico. Questo compito legale ed economico si manifesta attraverso l'interesse del fallimento, che si proietta sulla massa separata dopo la proclamazione del fallimento.

La singolarità della destinazione imposta per legge alla massa attiva ne determina l'assoggettamento al suddetto regime speciale, modificando la sua situazione

oggettiva e determinando la cessazione del regime generale. Fin dalla sua costituzione, il patrimonio fallimentare è divenuto il centro di imputazione dei rapporti giuridici attivi e passivi, con specifica responsabilità limitata ad un gruppo di creditori e subordinata ad uno specifico insieme di criteri di gestione patrimoniale.

XXII

L'attuazione dell'interesse del fallimento è assicurata sia nei regimi di sospensione sia d'intervento. La curatela fallimentare, insieme al giudice, rappresenta il garante dell'esecuzione del Diritto fallimentare, dovendo utilizzare lo stesso processo intellettuale e il criterio di opportunità nel processo decisionale, sia nel caso in cui gli venga affidato il monitoraggio e il controllo dell'operato del debitore, sia nel caso in cui gli venga attribuito l'esercizio dell'attività di gestione patrimoniale.

Dal canto suo, il fallito è soggetto ai criteri del curatore o curatori, essendo il loro adempimento, secondo i parametri del TRLC, subordinato al loro giudizio di convenienza.

XXIII

La dichiarazione di fallimento trascende il diritto di azione del fallito e dei creditori, così come gli atti di disposizione dell'oggetto del procedimento di carattere patrimoniale.

In questo modo, il diritto di azione e le facoltà dispositive nell'ambito del processo sono limitate al debitore, in tutto o in parte, attribuendo un nuovo diritto di azione alla massa fallimentare quando tale limitazione è totale (artt. 120, 131,2 e 132 TRLC). Lo stesso accade nei confronti dei creditori, privandoli del loro esercizio (artt. 131,1 e 238 TRLC) e producendo uno spostamento verso la massa attiva cui è imputato un autonomo diritto di azione.

In tal modo, diviene effettiva la redistribuzione della posizione giuridico-procedurale di chi deve agire in difesa del patrimonio fallimentare, con la conseguente surrogazione forzata a suo favore nei nuovi processi che si avviano o con successione processuale in quelli avviati al momento della dichiarazione del fallimento.

Negli atti degli artt. 94, 109, 226, 461.1, 558.2, 697 TRLC, che includono un potere materiale a favore della massa attiva, ad essa è attribuito un correlativo diritto di azione.

XXIV

L'interesse del fallimento costituisce l'unico interesse giuridico valido che può fondare l'attività procedurale realizzata nei processi con ripercussione diretta sul patrimonio separato.

La trasformazione del diritto e l'irruzione di tale interesse, rilegando l'interesse del debitore e dei creditori, produce inevitabilmente un'alterazione delle ordinarie regole di legittimazione.

In relazione alle azioni esercitabili in situazioni ordinarie (artt. 119, 120, 131 e 132 TRLC), l'adattamento del regime di legittimazione nel TRLC è dovuto alla variazione della posizione legittimante del debitore e dei creditori, con privazione, posticipazione o conservazione sotto il controllo dell'amministrazione fallimentare di questo presupposto soggettivo, secondo il citato ricorso.

Principalmente o esclusivamente, all'amministrazione fallimentare è concessa la legittimazione per l'esercizio delle stesse, nonché per quelle altre azioni connesse alla situazione giuridica di fallimento (artt. 109, 226, 461.1, 558, 697 TRLC). L'unica eccezione è disposta dall'art. 119.1 TRLC, nel regime di intervento.

XXV

Tecnicamente, nonostante le disposizioni di legge, la curatela fallimentare non ha legittimazione *ad causam*, ma piuttosto possiede un potere di indirizzo procedimentale legato all'accettazione dell'incarico, a difesa e promozione di un interesse la cui titolarità spetta ad altro soggetto. Il curatore fallimentare acquisisce la capacità di dirigere il processo, con il corrispondente spostamento del debitore -e, se del caso, dei creditori- a una posizione accessoria o complementare.

XXVI

La qualità di parte conferita all'amministrazione fallimentare è fuorviante nei processi in cui essa decide sui beni e sui diritti che compongono -o possono costituire- la massa attiva.

Nei confronti del curatore fallimentare non si produce nessuno degli effetti connessi allo status di parte. In particolare, né i pronunciamenti giurisdizionali che vengono emessi trascendono la sua sfera giuridica né gli esborsi economici riguardanti il suo sviluppo sono da lui sostenuti.

Coesistono, allo stesso modo, altri indizi che portano alla medesima conclusione: la morte del curatore, la rinuncia o la separazione dall'incarico non si associano ad una crisi soggettiva del processo, la mancanza di risorse finanziarie non determina un diritto a loro favore all'assistenza legale gratuita e il regime applicabile nell'interrogatorio del curatore non è quello delle parti.

XXVII

Le norme sulla legittimazione istituite nel TRLC sono difettose dal punto di vista dell'interesse che intendono raggiungere.

Nella situazione giuridica fallimentare il titolare dell'interesse che costituisce il fondamento della tutela giurisdizionale è il patrimonio fallimentare, sia nelle azioni legalmente riconosciute in conseguenza della loro costituzione (artt. 109, 226, 558,2 e 461.1 TRLC), nonché in quelle originariamente attribuite al debitore e al creditore (artt. 119, 120, 131, 132 e 238 TRLC). A questa massa separata, pertanto, dovrebbe essere concessa la legittimazione *ad causam* per avviare tali azioni, con attribuzione della condizione di parte.

Il TRLC e la LEC richiedono una profonda armonizzazione. Di *lege ferenda*, è necessaria una generale estensione della capacità di essere parte del patrimonio separato e della sua rappresentanza per la curatela fallimentare, già riconosciute in misura limitata nella norma processuale civile.

È discutibile che questo riconoscimento generale debba essere esteso alle azioni dell'art. 119.1 TRLC, in cui può risultare artificioso applicare la soluzione descritta. Nonostante, gioca a favore del suo adeguamento il fatto che la titolarità dell'interesse legittimante ricada sulla massa separata e che la convergenza tra l'interesse del debitore e del fallimento è probabile ma non certa.

XXVIII

La perdita di potere sul patrimonio subita dal fallito nel regime di sospensione provoca sua subordinazione a una posizione secondaria e ausiliare (art. 121 TRLC). Lo statuto processuale riconosciuto è quello di un semplice intervento adesivo, pur essendo titolare materiale del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

Quanto affermato non impedisce la comunicazione al convenuto dei litigi che incidono sulla massa attiva. Detta comunicazione, che è obbligatoria, è diretta a soddisfare il principio di contraddizione e il diritto di difesa, potendo influenzare l'oggetto processuale e la decisione giudiziaria che sarà adottata. Il rispetto dell'art. 24 CE non richiede quindi l'effettiva presenza del fallito nella causa né richiede il litisconsorzio necessario per la valida costituzione della causa.

L'art. 121.1 TRLC deve essere riformato. L'attuale tenore giuridico riduce l'occasionale difesa del debitore nelle cause di suo interesse, subordinando la sua partecipazione a una condizione economica rafforzata e dipendente da elementi esterni, senza opportunità di accesso alla giustizia gratuita.

XXIX

Nelle azioni previste agli artt. 119.1 TRLC e 119.2 e 120 TRLC, è obbligatoria una revisione normativa della tecnica procedurale utilizzata.

Nell'art. 119.1 TRLC è inadeguata l'espressione giuridica «capacità di agire in giudizio» del debitore. La dichiarazione di insolvenza incide sulla loro capacità di condurre il procedimento, richiedendo l'autorizzazione dell'amministrazione fallimentare nell'adottare determinati azioni, presentare ricorsi o compiere atti di disposizione dell'oggetto del processo. Tale adeguamento normativo deve essere esteso

alla LEC, con la soppressione del comma 8 dell'art. 7, che prevede un'inesistente limitazione della capacità del fallito.

Negli artt. 120.2 e 121.2 TRLC, si dovrebbe modificare l'erronea formula "sostituzione" del debitore da parte dell'amministrazione fallimentare. A rigore tecnico-giuridico, dopo la comparsa dell'amministrazione fallimentare in nome della massa, vi è una successione processuale del debitore a suo favore.

XXX

La massa fallimentare separata si trova nella posizione giuridica adeguata per far valere la tutela giurisdizionale, e, pertanto, per partecipare nel processo, come parte convenuta, nelle pretese sulla sua conformazione.

Il TRLC non contiene, tuttavia, regole che stabiliscano espressamente la legittimazione passiva (ad eccezione della risoluzione fallimentare e di altre impugnazioni). Queste sono sostituite dalla citazione obbligatoria all'amministrazione fallimentare e al debitore in ogni pretesa di contenuto patrimoniale [artt. 136.1.1° e 3 (cfr. art. 532.1 TRLC), 119.1, 120 e 509 TRLC; e artt. 150 LEC e 270 LOPJ].

In questo modo, non è possibile invocare un vizio nella costituzione della controversia quando l'azione legale sia presentata dinanzi al curatore fallimentare, in qualità di rappresentante necessario della massa, una volta è garantita la presenza e il diritto del debitore di essere ascoltato. Parimenti, nella situazione inversa, la pretesa avanzata nei confronti del debitore e non nei confronti del curatore, non determina alcun danno al patrimonio sempre che l'amministrazione fallimentare sia convocata d'ufficio garantendo così la comparizione della massa.

XXXI

Nelle azioni contemplate agli artt. 94, 122, 226, 238 e 465.1 TRLC si conferisce la legittimazione ai creditori, con carattere principale o sussidiario, come strumento al servizio della corretta formazione della massa attiva.

La legittimazione concessa è per sostituzione del separato patrimonio, ed è riconosciuta a tutti i creditori, senza distinzione di grado o di importo del credito, siano essi debitori o cedenti.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional

- STC 135/1986, de 31 de octubre (BOE nº 276, de 18 de noviembre de 1986).
- STC 58/1988, de 6 de abril (BOE nº 107, de 4 de mayo de 1988).
- STC 224/1993, de 1 de julio (BOE nº 183, de 2 de agosto de 1993).
- STC 23/1996, de 13 de febrero (BOE nº 67, de 18 de marzo de 1996).
- STC 124/2006, de 24 de abril (BOE nº 125, de 26 de mayo de 2006).
- STC 137/2017, de 27 de noviembre (BOE nº 7, de 8 de enero de 2018).

Tribunal Supremo

- STS de 17 de junio de 1887 [Jurisprudencia Civil, tomo 62, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1988, pp. 18 a 25].
- STS de 28 de junio de 1898 [Jurisprudencia Civil, tomo 84 (2º de 1898), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1898, pp. 623 a 630].
- STS de 3 de octubre de 1901 [Jurisprudencia Civil, tomo 92 (2º de 1901), junio a diciembre, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1902, pp. 211 a 215].
- STS de 17 de febrero de 1909 (nº 92) [Jurisprudencia Civil, tomo 113 (1º de 1909), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1910, pp. 617 a 625].
- STS de 17 de marzo de 1910 (nº 78) [Jurisprudencia Civil, tomo 117 (1º de 1910), enero a abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el

Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1912, pp. 471 a 476].

- STS de 19 de abril de 1919 (nº 24) [Jurisprudencia Civil, tomo 146 (2º de 1919), abril a junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1921, pp. 128 a 137].
- STS de 13 de mayo de 1927 [III Jurisprudencia Civil, tomo 175 (3º de 1927), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929, pp. 186 a 194].
- STS de 20 de noviembre de 1928 [Jurisprudencia Civil, tomo 186 (7º de 1928), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, ed. Reus, 1930, pp. 200 a 224].
- STS de 22 de junio de 1929 (nº 166) [III Jurisprudencia Civil, tomo 189 (8º de 1929), mayo y junio, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1929, pp. 1005 a 1011].
- STS de 7 de marzo de 1931 (nº 19) [III Jurisprudencia Civil, tomo 199 (2º de 1931), Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 119 a 131].
- STS de 27 de marzo de 1931 [III Jurisprudencia Civil, tomo 199 (2º de 1931), marzo y abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 367 a 382].
- STS de 17 de diciembre de 1931 (nº 19) [III Jurisprudencia Civil, tomo 199 (2º de 1931), marzo y abril, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1932, pp. 119 a 131].
- STS de 3 de enero de 1933 (nº 4) [III Jurisprudencia Civil, tomo 207 (1º de 1933), enero y febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el

Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1933, pp. 22 a 31].

- STS de 16 de febrero de 1933 (nº 96) [III Jurisprudencia Civil, tomo 207 (1º de 1933), enero y febrero, Colección Completa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1933, pp. 610 a 616].
- STS (Sala 1ª) de 6 de noviembre de 1941 (RJ 1941, 1222).
- STS de 10 de marzo de 1944 (nº 12) [Jurisprudencia Civil, tomo VI, marzo-mayo, Colección Completa de las Resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1944, pp. 124 a 150].
- STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1952 (RJ 1952, 2833).
- STS (Sala 1ª) de 30 de mayo de 1959 (RJ 1959, 2475).
- STS de 13 de febrero de 1960 (nº 90) [Jurisprudencia Civil, tomo 85, enero, primera serie, Colección legislativa de España. Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1960, pp. 371 a 390].
- STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 1962 (RJ 1962/1709).
- STS (Sala 1ª) de 11 de diciembre de 1965 (RA 5612).
- STS (Sala 1ª) de 4 de julio de 1966 (RJ 1966, 3935).
- STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1967 [RJ 1967, 4164].
- STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 1974 (RA 1128).
- STS (Sala 1ª) de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 2629).
- STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 1980 (RJ 1980, 1420).
- STS (Sala 1ª) de 20 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 4920).
- STS (Sala 1ª) de 9 de enero de 1984 (RJ 1984, 342).
- STS (Sala 1ª) de 13 de julio de 1984 (vlex-77548155).
- STS (Sala 1ª) de 12 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1435).
- STS (Sala 1ª) de 22 de abril de 1987 (RJ 1987, 2722).
- STS (Sala 1ª) de 6 de julio de 1987 (Roj: STS 4734/1987 y Roj: 8733/1987).
- STS (Sala 1ª) de 8 de febrero de 1988 (RAJ 766).
- STS (Sala 1ª) de 9 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1609).
- STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7409).
- STS (Sala 1ª) de 18 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8607).

- STS (Sala 1ª) de 3 de julio de 1989 (RJ 1989, 5283).
- STS (Sala 1ª) de 14 de julio de 1989 (RJ 1989, 5617).
- STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1989 (Roj: STS 9903/1989).
- STS (Sala 1ª) de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8787).
- STS (Sala 1ª) de 7 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3689).
- STS (Sala 1ª) de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10316).
- STS (Sala 1ª) de 5 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2030).
- STS (Sala 1ª) de 21 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3779).
- STS (Sala 1ª) de 10 de junio de 1991 (RJ 1991, 4438).
- STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7235).
- STS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 1991 (Roj: STS 10284/1991 y Roj: STS 6258/1991).
- STS (Sala 1ª) de 27 de febrero de 1993 (RJ 1993, 1301).
- STS (Sala 1ª) 205/1993, de 12 de marzo (Roj: STS 1549/1993).
- STS (Sala 1ª) de 19 de abril de 1993 (RJ 1993, 2890).
- STS (Sala 1ª) 0870, de 20 de septiembre (Roj: STS 6063/1993).
- STS (Sala 1ª) 1125/1993, de 26 de noviembre (Roj: STS 8062/1993).
- STS (Sala 1ª) de 7 de febrero de 1994 (RJ 1994, 914).
- STS (Sala 3ª) de 17 octubre de 1994 (Roj: STS 12631/1994).
- STS (Sala 3ª) 18 de octubre de 1994 (Roj: STS 13342/1994).
- STS (Sala 1ª) de 20 de febrero de 1995 (RJ 1995, 884).
- STS (Sala 1ª) 484/1995, de 25 de mayo (Roj: STS 2962/1995).
- STS (Sala 1ª) de 7 de octubre de 1995 (RAJ 7025).
- STS (Sala 1ª) de 18 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9148).
- STS (Sala 1ª) 1090, de 19 de diciembre de 1995 (Roj: STS 6498/1995).
- STS (Sala 1ª) de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996/9119).
- STS (Sala 1ª) 498/1998, 22 de mayo (Roj: STS 4148/2000).
- STS (Sala 1ª) de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4002).
- STS (Sala 1ª) 836/1998, de 21 de septiembre (Roj: STS 5237/1998).
- STS (Sala 1ª) 1250/1998, de 31 de diciembre (Roj: STS 8055/1998).
- STS (Sala 1ª) 601/1999, de 5 de julio (Roj: STS 4779/1999).
- STS (Sala 1ª) de 2 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8503).
- STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8133).

- STS (Sala 1ª) de 12 de junio de 2000 (RJ 2000, 4408).
- STS (Sala 1ª) 610/2000, de 14 de junio (Roj: STS 4895/2000).
- STS (Sala 1ª) de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8133).
- STS (Sala 1ª) 91/2001, 8 de febrero (Roj: STS 812/2001).
- STS (sala 3ª), de 31 de enero de 2001 (BOE, nº 79, de abril de 2001, p. 12273).
- STS (Sala 1ª) de 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 6647).
- STS (Sala 1ª) 194/2003, 28 de febrero (Roj: STS 1396/2003).
- STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2926).
- STS (Sala 1ª) 1040/2003, de 12 de noviembre (Roj: STS 7076/2003).
- STS (Sala 1ª) 25/2004, de 30 de enero (Roj: STS 471/2004).
- STS (Sala 1ª) de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7229).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 4/2005, de 19 de octubre (Roj: STS 8389/2005).
- ATS (Sala 1ª) 8/2006, de 24 de marzo (Roj: ATS 3637/2006).
- STS (Sala 1ª) 1107/2006, de 8 de noviembre (Roj: STS 6614/2006).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 10/2006, de 22 de diciembre (RJ 2007, 8690; también Roj: STS 8759/2006).
- STS (Sala 1ª) 1090/2007, de 10 de octubre (Roj: STS 6423/2007).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 9/2007, de 6 de noviembre (Roj: STS 9047/2007).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 2/2008, de 3 de julio (Roj: STS 4451/2008).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 3/2008, de 4 de julio (Roj: STS 4452/2008).
- STS (Sala 1ª) 4/2008, de 19 de diciembre (Roj: STS 7427/2008).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) 59/2009, 2 de abril (Roj: ATS 5960/2009).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 5/2009, de 22 de junio (Roj: STS 4664/2009).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) 7/2010, de 22 de marzo (Roj: ATS 3592/2010).
- STS (Sala 1ª) 548/2010, de 16 de septiembre (Roj: STS 5328/2010).

- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 2/2010, de 18 de octubre (Roj: STS 5637/2010).
- STS (Sala 1ª) 662/2010, de 27 de octubre (Roj: STS 5329/2010).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 164/2011, de 24 de enero (Roj: ATS 460/2012).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 178/2011, de 14 de mayo (Roj: ATS 5365/2012).
- STS (Sala 1ª) 302/2011, de 20 de junio (Roj: STS 3447/2013).
- STS (Sala 1ª) 887/2011, de 25 de noviembre (Roj: STS 8016/2011).
- STS (Sala 1ª) 981/2011, de 30 de diciembre (Roj: STS 8991/2011).
- STS (Sala 1ª) 963/2011, de 11 de enero (Roj: STS 104/2012).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 1772/2012, de 11 de febrero (Roj: ATS 739/2014).
- ATS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 7/2012, de 16 de marzo (Roj: ATS 2955/2012).
- STS (Sala 1ª) 210/2012, de 12 de abril (Roj: STS 4181/2012).
- STS (Sala 1ª) 321/2012, de 28 de mayo (RJ 2012, 9316).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 5/2012, de 10 de julio (Roj: ATS 7682/2012).
- STS (Sala 1ª) 464/2012, de 20 de julio (Roj: STS 5864/2012).
- STS (Sala 1ª) 507/2012, de 6 de septiembre (Roj: STS 5769/2012).
- STS (Sala 1ª) 629/2012, de 26 de octubre (Roj: STS 7265/2012).
- STS (Sala 1ª) 652/2012, de 8 de noviembre (Roj: STS 7746/2012).
- STS (Sala 1ª) 723/2012, de 7 de diciembre (Roj: STS 8314/2012).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 13/2012, de 11 de diciembre (Roj: STS 9078/2012).
- STS (Sala 1ª) 83/2013, de 15 de febrero (Roj: STS 505/2013).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 1/2013, de 25 de febrero (Roj: STS 966/2013).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 3/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2808/2013).
- STS (Sala 1ª) 237/2013, de 9 de abril (Roj: STS 2612/2013).
- STS (Sala 1ª) 245/2013, de 18 de abril (Roj: STS 3009/2013).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 7/2013, de 17 de junio (Roj: STS 4065/2013).
- STS (Sala 1ª) 440/2013, de 2 de julio (Roj: STS 3931/2013).
- STS (Sala 1ª) 487/2013, de 10 de julio (Roj: STS 4178/2013).

- STS (Sala 1ª) 491/2013, de 23 de julio (Roj: STS 4079/2013).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 9/2013, de 1 de octubre (Roj: STS 5013/2013).
- STS (Sala 1ª) 756/2013, de 11 de diciembre (Roj: STS 5826/2013).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 2/2014, de 31 de marzo (Roj: STS 1758/2014).
- STS (Sala 1ª) 175/2014, de 9 de abril (Roj: STS 1760/2014).
- STS (Sala 1ª) 100/2014, de 30 de abril (Roj: STS 1954/2014).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 3/2014, de 26 de junio (Roj: STS 2851/2014).
- STS (Sala 1ª) 363/2014, de 9 de julio (Roj: STS 2945/2014).
- STS (Sala 1ª) 428/2014, de 24 de julio (Roj: STS 3566/2014).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 8/2014, de 6 de octubre (Roj: STS 4008/2014).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) 29/2014, de 5 de diciembre (Roj: ATS 8312/2014).
- STS (Sala 1ª) 711/2014, de 12 de diciembre (Roj: STS 5408/2014).
- STS (Sala 1º) 715/2014, de 26 de diciembre (Roj: STS 5694/2014).
- STS (Sala 1ª) 10/2015, de 3 de febrero (Roj: STS 560/2015).
- STS (Sala 1ª) 46/2015, de 18 de febrero (Roj: STS 970/2015).
- STS (Sala 1ª) 58/2015, de 23 de febrero (Roj: STS 827/2015).
- STS (Sala 1ª) 105/2015, de 10 de marzo (Roj: STS 1095/2015).
- STS (Sala 1ª) 124/2015, de 17 de marzo (Roj: STS 1423/2015).
- STS (Sala 1ª) 143/2015, de 26 de marzo (Roj: STS 1431/2015).
- STS (Sala 1ª) 289/2015, de 2 de junio (Roj: STS 2979/2015).
- STS (Sala 1ª) 294/2015, de 3 de junio (Roj: STS 2958/2015).
- STS (Sala 1ª) 295/2015, de 3 de junio (Roj: STS 3049/2015).
- STS (Sala 1ª) 340/2015, de 24 de junio (Roj: STS 2974/2015).
- STS (Sala 1ª) 424/2015, de 22 de julio (Roj: STS 3438/2015).
- STS (Sala 1ª) 495/2015, de 15 de septiembre (Roj: STS 3795/2015).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) 12/2015, de 29 de septiembre (Roj: ATS 7769/2015).
- STS (Sala 1ª) 575/2015, de 3 de noviembre (Roj: STS 4471/2015).

- STS (Sala 1ª) 21/2016, de 5 de abril (Roj: STS 319/2016).
- STS (Sala 1ª) 247/2016, de 13 de abril (Roj: STS 1628/2016).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 975/2016, de 14 de septiembre (Roj: ATS 8207/2016).
- STS (Sala 1ª) 642/2016, de 26 de octubre (Roj: STS 4646/2016).
- STS (Sala 1ª) 654/2016, de 4 de noviembre (Roj: STS 4723/2016).
- STS (Sala 1ª) 682/2016, de 21 de noviembre (Roj: STS 5136/2016).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 1663/2014, de 23 de noviembre de 2016 (Roj: ATS 10700/2016).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 3/2016, de 5 de diciembre (Roj: STS 5371/2016).
- ATS (Sala 1ª) nº recurso 1048/2016, de 14 de diciembre (Roj: ATS 11270/2016).
- STS (Sala 1ª) 198/2017, de 23 de marzo (Roj: STS 1051/2017).
- STS (Sala 1ª) 206/2017, de 30 de marzo (Roj: STS 1221/2017).
- STS (Sala 1ª) 225/2017, de 6 de abril (Roj: STS 1387/2017).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 1/2017, de 9 de mayo (Roj: STS 2005/2017).
- STS (Sala Especial art. 38 LOPJ) 3/2017, de 12 de julio (Roj: STS 3100/2017).
- STS (Sala 1ª) 625/2017, de 21 de noviembre (Roj: STS 4095/2017).
- STS (Sala 1ª) 319/2018, de 30 de mayo (Roj: STS 2014/2018).
- STS (Sala 1ª) 534/2018, de 28 de septiembre (Roj: STS 3335/2018).
- STS (Sala 1ª) 90/2019, de 13 de febrero (Roj: STS 388/2019).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) 2/2019, de 19 de febrero (Roj: ATS 1962/2019).
- ATS (Sala Especial art. 42 LOPJ) nº recurso 6/2019, de 11 de octubre (Roj: ATS 10565/2019).

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ (Sala de lo Civil y Penal) de Navarra de 11 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8643).

Audiencia Provincial

- SAP de Barcelona de 1 de febrero de 1978 (RJ 1978, 274).
- AAP de Madrid (Sección 14ª) de 19 de septiembre de 1993 (AC 1993, 1674).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de octubre de 1995 (AC 1995, 2123).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) de 25 de octubre de 1995 (AC 1995, 1880).
- AAP de Badajoz (Sección 1ª) de 15 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2238).
- AAP de Sevilla (Sección 6ª) de 26 de enero de 1996 (AC 1996, 179).
- AAP de Badajoz (Sección 1ª) de 18 de marzo de 1997 (AC 1997, 798).
- SAP de Pontevedra (Sección 1ª) de 11 de abril de 1997 (AC 1997, 708).
- SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) de 22 de septiembre de 1998 (AC 1998, 8037).
- SAP de Asturias (Sección 5ª) de 17 de febrero de 1999 (AC 1999, 342).
- SAP de Castellón (Sección 2ª) de 5 de febrero de 2000 (AC 2000, 2952).
- SAP de Alicante (Sección 5ª) de 7 de marzo de 2001 (JUR 2001, 150693).
- SAP de Barcelona (Sección 14ª) nº recurso 890/2000, de 4 de febrero de 2002 (Roj: SAP B 1279/2002).
- SAP de Pontevedra (Sección 4ª) nº recurso 37/2002, de 20 de noviembre (Roj: SAP PO 3810/2002).
- AAP de Valencia (Sección 11ª) de 24 de febrero de 2003 (JUR 2003, 157596).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 460/2004, de 13 de octubre (Roj: SAP B 15815/2004).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 490).
- AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 11 de abril de 2006 (AC 2006/902).
- AAP de Vizcaya (Sección 4ª) de 5 de mayo de 2006 (AC 2007, 352).

- AAP de Madrid (Sección 28ª) 58/2006, de 11 de abril (Roj: AAP M 412/2016).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) nº recurso 47/2006, de 2 de mayo (Roj: SAP B 15007/2006).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 13 de septiembre de 2006 (JUR 2008, 104351).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 439/2006, de 22 de noviembre (Roj: AAP B 6172/2006).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 73/2007, de 1 de febrero (Roj: SAP B 300/2007).
- AAP de Barcelona (Sección 11ª) 56/2007, de 26 de febrero (Roj: AAP B 1203/2007).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 195/2007, de 28 de junio (Roj: AAP B 4387/2007).
- SAP de Navarra (Sección 3ª) 169/2007, de 15 de noviembre (Roj: SAP NA 1138/2007).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) de 16 de enero de 2008 (AC 2009, 231).
- AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008, 323610).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 82/2008, de 10 de marzo (Roj: SAP B 4878/2008).
- AAP de las Islas Baleares (Sección 5ª) de 31 de marzo de 2008 (AC 2008, 1649).
- SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 263/2008, de 24 de abril (Roj: SAP PO 1384/2008).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 253/2008, de 9 de mayo (Roj: SAP Z 1592/2008).
- SAP Barcelona (Sección 15ª) 184/2008, de 22 de mayo (Roj: SAP B 13297/2008).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 181/2008, de 23 de mayo (Roj: SAP MU 500/2008).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 (JUR 2009, 95813).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 2 de octubre de 2008 (JUR 2009, 93744).

- SAP de Cuenca (Sección 1ª) 174/2008, de 6 de octubre (Roj: SAP CU 319/2008).
- AAP de Oviedo (Sección 1ª) de 9 de octubre de 2008 (JUR 2009, 93116).
- AAP de Madrid (Sección 28ª) 216/2008, de 16 de octubre (Roj: AAP M 12932/2008).
- SAP de Baleares (Sección 3ª) de 21 de octubre de 2008 (JUR 2009, 122205).
- AAP de Barcelona (Sección 5ª) 24 de octubre de 2008 (JUR 2009/35554).
- AAP de Huesca (Sección 1ª) 80/2008, de 24 de noviembre (Roj: AAP HU 16/2008).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 175890).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 311/2008, de 19 de diciembre (Roj: SAP M 19166/2008).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 3/2009, de 8 de enero (Roj: SAP B 1810/2009).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 47/2009, de 29 de enero (Roj: SAP B 1816/2009).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 5 de febrero de 2009 (JUR 2009, 411695).
- SAP de Girona (Sección 1ª) 137/2009, de 20 de marzo (Roj: SAP GI 558/2009).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 66/2009, de 18 de marzo (Roj: AAP B 4318/2009).
- SAP de Valladolid (Sección 3ª) 124/2009, de 7 de mayo (Roj: SAP VA 447/2009).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 101/2009, de 15 de mayo (Roj: AAP B 4341/2009).
- SAP de Vizcaya (Sección 1ª) de 21 de mayo de 2009 (JUR 2009/353843).
- AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 121/2009, de 9 de junio (Roj: AAP PO 292/2009).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 167/2009, de 19 de junio (Roj: SAP M 10747/2009).

- AAP de Madrid (Sección 28ª) 158/2009, de 25 de septiembre (Roj: AAP M 12209/2009).
- SAP de Girona (Sección 1ª) 384/2009, de 28 de octubre (Roj: SAP GI 1730/2009).
- AAP de Las Palmas (Sección 4ª) de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010, 150924).
- AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 7 de enero de 2010 (JUR 2010, 101507).
- AAP de Córdoba (Sección 5ª) 13/2010, de 19 de febrero (Roj: AAP CO 1/2010).
- SAP de Cuenca (Sección 1ª) 36/2010, de 25 de marzo (Roj: SAP CU 66/2010).
- AAP de Granada (Sección 3ª) 115/2010, de 9 de julio (Roj: AAP GR 805/2010).
- AAP de Castellón (Sección 3ª) 156/2010, de 26 de julio (Roj: AAP CS 712/2010).
- SAP de Álava (Sección 1ª) 488/2010, de 27 de octubre (Roj: SAP VI 573/2010).
- SAP de Castellón (Sección 3ª) 337/2010, de 29 de octubre (Roj: SAP CS 1437/2010).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 232/2010, de 3 de diciembre (Roj: SAP CO 1477/2010).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 6/2011, de 13 de enero (Roj: SAP CO 752/2011).
- SAP de Oviedo (Sección 1ª) 116/2011, de 3 de marzo (Roj: SAP O 342/2011).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 131/2011, de 18 de marzo (Roj: SAP MU 807/2011).
- AAP de Madrid (Sección 28ª) 45/2011, de 18 de marzo (Roj: AAP M 3464/2011).
- SAP de Granada (Sección 3ª) 145/2011, de 4 de abril (Roj: SAP GR 591/2011).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) de 4 de mayo de 2011 (JUR 2011, 259640).

- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 104/2011, de 10 de mayo (Roj: SAP CO 361/2011).
- SAP de Jaén (Sección 1ª) 113/2011, de 12 de mayo (Roj: SAP J 1307/2011).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 383/2011, de 17 de junio (Roj: SAP Z 1685/2011).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 275/2011, de 28 de junio (Roj: SAP V 3107/2011).
- SAP de Salamanca (Sección 1ª) 297/2011, de 1 de julio (Roj: SAP SA 453/2011).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 181/2011, de 29 de julio (Roj: SAP CO 744/2011).
- AAP de Madrid (Sección 10ª) 243/2011, de 5 de octubre (Roj: AAP M 13808/2011).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 442/2011, de 20 de octubre (Roj: SAP C 3203/2011).
- SAP de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª) 164/2011, de 28 de octubre (Roj: AAP GC 2065/2011).
- SAP de Álava (Sección 1ª) 565/2011, de 17 de noviembre (Roj: SAP VI 888/2011).
- AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 203/2011, de 15 de diciembre (Roj: AAP PO 1795/2011).
- SAP de Huelva (Sección 2ª) 211/2011, de 23 de diciembre (Roj: SAP H 953/2011).
- AAP de Girona (Sección 1ª) 18/2012, de 1 de febrero (Roj: AAP GI 29/2012).
- AAP de Madrid (Sección 11ª) 49/2012, de 2 de febrero (Roj: AAP M 1206/2012).
- SAP de Salamanca (Sección 1ª) 190/2012, de 4 de abril (Roj: SAP SA 228/2012).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 132/2012, de 10 de abril (Roj: SAP V 1535/2012).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 120/2012, de 20 de abril (Roj: SAP M 6034/2012).

- SAP de Madrid (Sección 28ª) 122/2012, de 20 de abril (Roj: SAP M 13733/2012).
- SAP de Granada (Sección 3ª) 177/2012, de 20 de abril (Roj: SAP GR 364/2012).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 277/2012, de 28 de mayo (Roj: SAP SE 2694/2012).
- SAP de Castellón (Sección 3ª) 342/2012, de 28 de junio (Roj: SAP CS 763/2012).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 405/2012, de 2 de julio (Roj: SAP Z 1560/2012).
- SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 390/2012, de 10 de julio (Roj: SAP PO 2066/2012).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 431/2012, de 13 de julio (Roj: SAP Z 1837/2012).
- SAP de León (Sección 1ª) 364/2012, de 24 de julio (Roj: SAP LE 1125/2012).
- SAP de Tarragona (Sección 1ª) 329/2012, de 3 de septiembre (Roj: SAP T 1313/2012).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 422/2012, de 10 de septiembre (Roj: SAP SE 3285/2012).
- SAP de Cáceres (Sección 1ª) 403/2012, de 19 de septiembre (Roj: SAP CC 741/2012).
- SAP de Madrid (Sección 20ª) 432/2012, de 25 de septiembre (Roj: SAP M 15341/2012).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 606/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP MU 2459/2012).
- SAP de Valladolid (Sección 3ª) 319/2012, de 30 de octubre (Roj: SAP VA 1524/2012).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 397/2012, de 4 de octubre (Roj: SAP C 2545/2012).
- SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 516/2012, de 17 de octubre (Roj: SAP PO 2610/2012).

- SAP de Tarragona (Sección 1ª) 329/2012, 3 de septiembre (Roj: SAP T 1313/2012).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 606/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP MU 2459/2012).
- SAP de Badajoz (Sección 3ª) 304/2012, de 27 de septiembre (Roj: SAP BA 1124/2012).
- AAP de Pontevedra (Sección 1ª) 149/2012, de 28 de septiembre (Roj: AAP PO 1492/2012).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) 386/2012, de 9 de octubre (Roj: SAP TF 2533/2012).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) 389/2012, de 10 de octubre (Roj: SAP TF 2535/2012).
- SAP de Alicante (Sección 8ª) 454/2012, de 8 de noviembre (Roj: SAP A 3394/2012).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 376/2012, de 16 de noviembre (Roj: SAP B 14622/2012).
- AAP de Sevilla (Sección 5ª) 196/2012, de 27 de noviembre (Roj: AAP SE 3607/2012).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 510/2012, de 29 de noviembre (Roj: SAP IB 2837/2012).
- SAP de Cádiz (Sección 7ª) 352/2012, de 29 de noviembre (Roj: SAP CA 2482/2012).
- SAP de Alicante (Sección 8ª) 545/2012, de 21 de diciembre (Roj: SAP A 5269/2012).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 469/2012, de 27 de diciembre (Roj: SAP V 5806/2012).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 4/2013, de 11 de enero (Roj: SAP M 976/2013).
- SAP de Salamanca (Sección 1ª) 398/2013, de 27 de enero (Roj: SAP SA 671/2013).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 36/2013, de 1 de febrero (Roj: SAP C 226/2013).
- SAP de Cádiz (Sección 2ª) de 5 de febrero de 2013 (JUR 2013/221679).

- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 94/2013, de 12 de febrero (Roj: SAP Z 342/2013).
- SAP de León (Sección 1ª) 80/2013, de 22 de febrero (Roj: SAP LE 318/2013).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 132/2013, de 28 de febrero (Roj: SAP MU 454/2013).
- SAP de Alicante (Sección 8ª) 99/2013, de 6 de marzo (Roj: SAP A 694/2013).
- SAP de Valladolid (Sección 3ª) 71/2013, de 7 de marzo (Roj: SAP VA 325/2013).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 36/2013, de 11 de marzo (Roj: AAP B 736/2013).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 85/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP M 4838/2013).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 99/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP IB 712/2013).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 102/2013, de 15 de marzo (Roj: SAP IB 674/2013).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 91/2013, de 22 de marzo (Roj: SAP M 4845/2013).
- SAP de La Coruña (Sección 3ª) 150/2013, de 25 de marzo (Roj: SAP C 673/2013).
- SAP de Álava (Sección 1ª) 156/2013, de 27 de marzo (Roj: SAP VI 127/2013).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 208/2013, de 29 de abril (Roj: SAP SE 1122/2013).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 82/2013, 7 mayo (Roj: SAP CO 1166/2013).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 238/2013, de 30 de mayo (Roj: SAP IB 1235/2013).
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) 167/2013, de 31 de mayo (Roj: SAP SS 1191/2013).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 112/2013, de 17 de junio (Roj: SAP CO 1157/2013).

- SAP de Toledo (Sección 1ª) 172/2013, de 25 de junio (Roj: SAP TO 547/2013).
- SAP de Oviedo (Sección 1ª) 252/2013, de 24 de julio (Roj: SAP O 2193/2013).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 132/2013, de 29 de julio (Roj: SAP CO 1163/2013).
- SAP de Toledo (Sección 1ª) 200/2013, de 17 de septiembre (Roj: SAP TO 731/2013).
- SAP de Oviedo (Sección 1ª) 267/2013, de 18 de septiembre (Roj: SAP O 2390/2013).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 331/2013, de 25 de septiembre (Roj: SAP C 3039/2013).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 433/2013, de 27 de septiembre (Roj: SAP SE 3208/2013).
- SAP de Córdoba (Sección 3ª) 156/2013, de 30 de septiembre (Roj: SAP CO 1389/2013).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 426/2013, de 8 de octubre (Roj: SAP Z 2040/2013).
- AAP de Córdoba (Sección 3ª) 108/2013, de 8 de octubre (Roj: AAP CO 43/2013).
- SAP de Las Palmas (Sección 4ª) 388/2013, de 24 de octubre (Roj: SAP GC 2419/2013).
- AAP de Córdoba (Sección 3ª) 115/2013, de 25 de octubre (Roj: AAP CO 44/2013).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 694/2013, de 21 de noviembre (Roj: SAP MU 2696/2013).
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) 282/2013, de 21 de noviembre (Roj: SAP SS 1159/2013).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 468/2013, de 16 de diciembre (Roj: SAP IB 2683/2013).
- SAP de Burgos (Sección 3ª) 14/2014, de 16 de enero (Roj: SAP BU 39/2014).

- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 36/2014, de 17 de enero (Roj: SAP SE 372/2014).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 59/2014, de 30 de enero (Roj: SAP MU 309/2014).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 91/2014, de 13 de febrero (Roj: SAP MU 460/2014).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 74/2014, de 7 de marzo (Roj: SAP M 4038/2014).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 180/2014, de 20 de marzo (Roj: SAP MU 721/2014).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 198/2014, de 27 de marzo (Roj: SAP MU 760/2014).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 113/2014, de 13 de abril (Roj: SAP B 3381/2014).
- SAP de León (Sección 1ª) 163/2014, de 29 de abril (Roj: SAP LE 799/2014).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 152/2014, de 12 de mayo (Roj: SAP M 6134/2014).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 350/2014, de 10 de junio (SAP SE 2290/2014).
- SAP de Madrid (Sección 14ª) 218/2014, de 24 de junio (Roj: SAP M 8084/2014).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 234/2014, de 2 de julio (Roj: SAP B 8194/2014).
- SAP de Valladolid (Sección 3ª) 143/2014, de 8 de julio (Roj: SAP VA 806/2014).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 216/2014, de 14 de julio (Roj: SAP V 4167/2014).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 223/2014, de 14 de julio (Roj: SAP M 11766/2014).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 86/2014, de 14 de julio (Roj: AAP B 256/2014).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 229/2014, de 18 de julio (Roj: SAP M 11770/2014).

- SAP de Guipuzcoa (Sección 2ª) 133/2014, de 20 de julio (Roj: SAP SS 623/2014).
- SAP de Valladolid (Sección 3ª) 161/2014, de 29 de julio (Roj: SAP VA 1010/2014).
- SAP de Cáceres (Sección 1ª) 219/2014, de 2 de octubre (Roj: SAP CC 604/2014).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 318/2014, de 7 de octubre (Roj: SAP B 10762/2014).
- SAP de León (Sección 1ª) 212/2014, de 5 de noviembre (Roj: SAP LE 958/2014).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 315/2014, de 13 de noviembre (Roj: SAP V 5442/2014).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 147/2014, 25 de noviembre (AAP B 837/2014).
- SAP de Burgos (Sección 3ª) 280/2014, de 1 de diciembre (Roj: SAP BU 926/2014).
- SAP de Málaga (Sección 4ª) 586/2014, de 15 de diciembre (Roj: SAP MA 2579/2014).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 374/2014, de 22 de diciembre (Roj: SAP V 5903/2014).
- SAP de Salamanca (Sección 1ª) 18/2015, de 22 de enero (Roj: SAP SA 27/2015).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 18/2015, de 26 de enero (Roj: SAP V 199/2015).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 44/2015, de 3 de febrero (Roj: SAP SE 465/2015).
- SAP de Barcelona (Sección 16ª) 102/2015, de 10 de marzo (Roj: SAP B 2568/2015).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 61/2015, de 11 de marzo (Roj: SAP B 598/2015).
- SAP de Pontevedra (Sección 3ª) 70/2015, de 11 de marzo (Roj: SAP PO 447/2015).

- SAP de Barcelona (Sección 15ª) 85/2015, de 7 de abril (Roj: SAP B 2092/2015).
- SAP de Sevilla (Sección 5ª) 148/2015, de 8 de abril (Roj: SAP SE 905/2015).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 100/2015, de 14 de abril (Roj: SAP V 1788/2015).
- SAP de Valencia (Sección 9ª) 115/2014, de 24 de abril (Roj: SAP V 2052/2014).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 137/2015, de 29 de abril (Roj: SAP C 1094/2015).
- SAP de Alicante (Sección 6ª) 85/2015, de 29 de abril (Roj: SAP A 1018/2015).
- SAP de La Coruña (Sección 4ª) 169/2015, de 20 de mayo (Roj: SAP C 1357/2015).
- SAP de Zaragoza (Sección 5ª) 288/2015, de 29 de mayo (Roj: SAP Z 1350/2015).
- AAP de Córdoba (Sección 1ª) 284/2015, de 3 de junio (Roj: AAP CO 174/2015).
- SAP de Madrid (Sección 28ª) 169/2015, de 12 de junio (Roj: SAP M 9350/2015).
- AAP de Murcia (Sección 4ª) 190/2015, de 9 de julio (Roj: AAP MU 6/2015).
- AAP de Madrid (Sección 28ª) 199/2015, de 5 de octubre (Roj: AAP M 1057/2015).
- AAP de Barcelona (Sección 15ª) 208/2015, de 25 de noviembre (Roj: AAP B 1577/2015).
- SAP de Córdoba (Sección 1ª) 154/2015, de 29 de marzo (Roj: SAP CO 117/2016).
- AAP de Islas Baleares (Sección 5ª) 88/2016, de 5 de mayo (Roj: AAP IB 6/2016).
- AAP de Madrid (Sección 28ª) 74/2016, de 17 de mayo (Roj: AAP M 498/2016).

- AAP de Cádiz (Sección 5ª) 114/2016, de 24 de junio (Roj: AAP CA 148/2016).
- AAP de Valencia (Sección 9ª) 1238/2016, de 27 de julio de 2016 (Roj: AAP V 167/2016).
- AAP de Granada (Sección 3ª) 212/2016, de 15 de noviembre de 2016 (Roj: AAP GR 545/2016).
- AAP de Murcia, 22 de diciembre de 2016.
- AAP de Barcelona (Sección 4ª) 46/2017, de 14 de febrero (Roj: AAP B 1425/2017).
- AAP de Valencia (Sección 9ª) 453/2017, de 5 de abril (Roj: AAP V 934/2017).
- SAP de Valencia (Sección 7ª) 38/2019, de 11 de febrero (Roj: AAP V 271/2019).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 672/2019, de 19 de septiembre (Roj: SAP MU 1847/2019).
- SAP de Murcia (Sección 4ª) 871/2019, de 14 de noviembre (Roj: SAP MU 2411/2019).

Juzgados de lo Mercantil

- AJM nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria nº recurso 6/2004, de 5 de noviembre de 2004 (Roj: AJM GC 24/2004).
- AJM nº 2 de Madrid de 30 de noviembre de 2004 (AC 2005, 147).
- AJM nº 1 de Bilbao de 3 de diciembre de 2004 (AC 2005, 58).
- AJM nº 1 de Bilbao de 10 de enero de 2005 (AC 2005, 114).
- AJM nº 1 de Álava de 28 de enero de 2005 (AC 2006, 301).
- SJM nº 3 de Madrid 111/2005, de 28 de abril.
- AJM nº 1 de Bilbao de 11 de mayo de 2005 (AC 2005, 940).
- SJM nº 1 de Madrid de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976).
- SJM nº 1 de Madrid de 5 de julio de 2005 (AC 2005, 1148).
- SJM nº 1 de Málaga nº recurso 248/2005, de 8 de junio (Roj: SJM MA 81/2007).

- SJM nº 1 de Madrid de 5 de julio de 2005 (AC 2005, 976).
- SJM nº 1 de Murcia 31/2005, de 12 de julio (Roj: SJM MU 134/2005).
- AJM nº 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2005 (AC 2005/1711).
- AJM nº 5 de Madrid de 10 de octubre de 2005 (JUR 2005, 279376).
- AJM nº 4 de Madrid nº recurso 33/2004, de 11 de octubre de 2005 (Roj: AJM M 54/2005).
- AJM nº 1 de Bilbao de 25 de enero de 2006 (AC 2006, 249).
- SJM nº 1 de Alicante de 23 de marzo de 2006 (AC 2006, 372).
- SJM nº 2 de Barcelona 168/2006, de 24 de mayo (Roj: AJM B 41/2006).
- SJM nº1 de Oviedo de 4 de julio de 2006 (AC 2006, 1779).
- SJM nº 1 de Alicante 244/2006, de 29 de septiembre (Roj: AJM A 63/2006).
- SJM nº 1 de Oviedo de 9 de enero de 2007 (AC 2007, 804).
- AJM nº 5 de Madrid nº recurso 411/2006, de 11 de enero (Roj: AJM M 1/2007).
- SJM nº 1 de Sevilla 54/2007, de 27 de abril.
- SJM nº 1 de Palma de Mallorca, de 28 de septiembre de 2007 (AC 2008, 371).
- SJM nº 1 de Oviedo, de 9 de enero de 2008 (AC 2008, 804).
- SJM nº 6 de Madrid, de 26 de febrero de 2008 -consultada en BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (dirs.); LÓPEZ APARCERO (colaborador), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009-.
- SJM nº 7 de Madrid de 11 de abril de 2008 (PROV 2008, 357081).
- AJM nº 1 de Bilbao de 22 de mayo de 2008 (AC 2008, 1152).
- SJM nº 1 de Málaga de 8 de octubre de 2008 (JUR 2008, 357110).
- AJM nº 1 de Madrid de 27 de octubre de 2008 (JUR 2009, 185283).
- AJM nº 1 de Alicante nº recurso 525/2009, de 5 de mayo de 2009 (Roj: AJM A 59/2009).
- SJM nº 9 de Madrid 508/2009, de 3 de septiembre de 2010 (AC 2010/1448).
- AJ 1ª Instancia nº 3 de Albacete de 14 de abril de 2010 (JUR 2011/244654).
- AJM nº 1 de Cádiz nº recurso 592/2010, de 19 de julio (Roj: AJM CA 31/2010).

- AJM nº 2 de Barcelona nº recurso 526/2010, de 6 de octubre (Roj: AJM 10/2010).
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 253/2009, de 29 de noviembre de 2010 (Roj: AJM M 21/2010).
- SJM nº 5 de Madrid, de 21 de febrero de 2011 (PROV 2011, 85625).
- AJM nº 1 de Alicante 73/2011, de 9 de marzo (Roj: AJM A 3/2011).
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 131/2011, de 13 de noviembre (Roj: AJM M 158/2018).
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 308/2012, de 2 de septiembre (Roj: AJM M 60/2014).
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 842/2012, de 6 de junio (Roj: AJM M 61/2017).
- SJM nº 1 de Jaén 206/2012, de 7 de diciembre.
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 598/2012, de 10 de julio de 2014 (Roj: AJM M 64/2014).
- AJM nº 12 de Madrid 380/2014, de 31 de julio (Roj: AJM M 807/2014).
- AJM nº 12 de Madrid 409/2014, de 15 de septiembre (Roj: AJM M 1116/2014).
- AJM nº 9 de Barcelona 932/2015, de 14 de marzo (Roj: AJM B 23/2016).
- SJM nº 1 de Burgos 151/2015, de 2 de junio (Roj: SJM BU 3796/2015).
- SJM nº 2 de Bilbao 2010/2015, de 30 de julio (Roj: SJM BI 3218/2015).
- AJM nº 6 de Madrid nº recurso 326/2016, de 12 de junio (Roj: AJM M 82/2018).
- SJM nº 1 de Murcia 210/2016, de 7 de julio (Roj: SJM MU 3190/2016).

Dirección General de Registros y del Notariado

- RDGRN de 13 de julio de 1933.
- RDGRN de 21 de abril de 1949 (RJ 1949, 546).
- RDGRN de 5 de septiembre de 1974.
- RDGRN de 29 de diciembre de 1977.
- RDGRN de 23 de octubre de 1980.

- RDGRN de 22 de febrero de 1989 (BOE nº 62, de 14 de marzo de 1989, pp. 7128 a 7130).
- RDGRN de 5 de octubre de 2000 (RJ 2000, 10213).
- RDGRN de 8 de junio de 2007 (BOE nº 158, de 3 de julio de 2007, pp. 28758 a 28759).
- RDGRN de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 2085).
- RDGRN de 7 de junio de 2010 (BOE nº 192, de 9 de agosto de 2010, pp. 69560 a 69563).
- RDGRN de 16 de julio de 2010 (BOE nº 227, de 18 de septiembre de 2010, pp. 79462 a 79465).
- RDGRN de 3 de marzo de 2011 (BOE nº 97, de 23 de abril de 2011, pp. 41301 a 41304).
- RDGRN de 29 de abril de 2011 (BOE nº 122, de 23 de mayo de 2011, pp. 51263 a 51271).
- RDGRN de 7 de junio de 2011 (RJ 2011, 4516).
- RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE nº 235, de 29 de septiembre de 2011, pp. 102457 a 102460).
- RDGRN de 23 de julio de 2011 (BOE nº 235, de 29 de septiembre de 2011, pp. 102461 a 102467).
- RDGRN de 3 de febrero de 2012 (BOE nº 52, de 1 de marzo de 2012, pp. 17712 a 17717).
- RDGRN de 13 de abril de 2012 (BOE nº 121, de 21 de mayo de 2012, pp. 36753 a 36760).
- RDGRN de 2 de julio de 2012 (BOE nº 225, de 18 de septiembre de 2012, pp. 65513 a 65523).
- RDGRN de 4 de octubre de 2012 (BOE nº 264, de 2 de noviembre de 2012, pp. 77304 a 77312).
- RDGRN de 6 de noviembre de 2012 (BOE nº 297, de 11 de diciembre de 2012, pp. 84860 a 84867).
- RDGRN de 31 de enero de 2013 (BOE nº 49, de 26 de febrero de 2013, pp. 15695 a 15698).
- RDGRN de 15 de febrero de 2013 (BOE nº 67, de de 19 de marzo de 2013, pp. 21981 a 21986).

- RDGRN de 25 de junio de 2013 (BOE nº 180, de 29 de julio de 2013, pp. 55348 a 55354).
- RDGRN de 8 de octubre de 2013 (BOE nº 267, de 7 de noviembre de 2013, pp. 89878 a 89885).
- RDGRN de 11 de octubre de 2013 (BOE nº 272, de 13 de noviembre de 2013, pp. 90815 a 90818).
- RDGRN de 25 de noviembre de 2013 (BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2013, pp. 102697 a 102710).
- RDGRN de 12 de marzo de 2014 (BOE nº 100, de 25 de abril de 2014, pp. 32799 a 32806).
- RDGRN de 29 de septiembre de 2015 (BOE nº 253, de 22 de octubre de 2015, pp. 98945 a 98957).
- RDGRN de 4 de julio de 2016 (BOE nº 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59053 a 59065).
- RDGRN de 1 de agosto de 2016 (BOE nº 230, de 23 de septiembre de 2016, pp. 68375 a 68382).
- RDGRN de 22 de agosto de 2016 (BOE nº 230, de 23 de septiembre de 2016, pp. 68432 a 68439).
- RDGRN de 16 de enero de 2017 (BOE nº 32, de 7 de febrero de 2017, pp. 8372 a 8392).
- RDGRN de 19 de enero de 2017 (BOE nº 32, de 7 de febrero de 2017, pp. 8422 a 8433).
- RDGRN de 18 de enero de 2018 (BOE nº 29, de 1 de febrero de 2018, pp. 12666 a 12696).
- RDGRN de 20 de abril de 2018 (BOE nº 111, de 8 de mayo de 2018, pp. 48638 a 48651).
- RDGRN de 6 de septiembre de 2018 (BOE nº 233, de 26 de septiembre de 2018, pp. 92588 a 92599).
- RDGRN de 6 de septiembre de 2018 (BOE nº 233, de 26 de septiembre de 2018, pp. 92600 a 92614).
- RDGRN de 26 de octubre de 2018 (BOE nº 279, de 19 de noviembre de 2018, pp. 112252 a 112261).

- RDGRN de 2 de noviembre de 2018 (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 2018, pp. 113616 a 113631).
- RDGRN de 22 de febrero de 2019 (BOE nº 63, de 14 de marzo de 2019, pp. 25000 a 25009).
- RDGRN de 28 de marzo de 2019 (BOE nº 91, de 16 de abril de 2019, pp. 39874 a 39886).
- RDGRN de 5 de abril de 2019 (BOE nº 98, de 24 de abril de 2019, pp. 41879 a 41886).
- RDGRN de 25 de abril de 2019 (BOE nº 114, de 13 de mayo de 2019, pp. 50627 a 50636).
- RDGRN de 13 de junio de 2019 (BOE nº 163, de 9 de julio de 2019, pp. 73539 a 73557).
- RDGRN de 3 de julio de 2019 (BOE nº 178, de 26 de julio de 2019, pp. 81450 a 81458).

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dirs. GARCÍA VILLAVERDE/ ALONSO UREBA/ PULGAR EZQUERRA, Madrid, ed. Dilex, Madrid, 2002.
- AAVV, *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione* (a cura di TONDO), G. Giappichelli ed., Torino, 2007.
- AA.VV, *La reforma de la Legislación concursal* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO), Marcial Pons, Madrid, 2003.
- AAVV, *Introducción al Derecho Procesal* (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 6ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016.
- AAVV, *Introducción al Derecho Procesal* (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 8ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.
- AAVV, *Manual Universitario de Derecho Procesal Civil* (Dir. y coord. ORTELLS RAMOS), 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.
- AAVV, *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidad Españolas: El sistema de recursos. Perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1974.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil español I*, 4ª ed., Bosch, Barcelona, 1987.
 - o *Derecho Civil*, tomo I, vol. 2, 10ª ed., Barcelona, 1989.
 - o *Derecho Civil*, vol. III, 7ª ed., Barcelona, 1991.
- ALBERTO, «Fallimento (diritto privato e processuale)», *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, 2010, pp. 331 a 394.
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano, 1935.
- ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo», *Revista de Derecho Político*, nº 10, 1981, pp. 47 a 75.

- ALMAGRO NOSETE/CORTÉS DOMÍNGUEZ, MORENO CATENA/GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, vol. I, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992.
- ALCOVER GARAU, *La retroacción de la quiebra*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
 - o «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (Dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 325 a 335.
- ALEJANDRE GARCÍA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, nº 7, Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1970.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La «vis atractiva» del proceso concursal*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dirs. GARCÍA VILLAVERDE/ ALONSO UREBA/ PULGAR EZQUERRA, Madrid, ed. Dilex, Madrid, 2002, pp. 263 a 313.
- ÁLVAREZ OLALLA, «Comentario al artículo 76», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 913 a 928.
 - o «Comentario al artículo 77», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 928 a 935.
 - o «Comentario al artículo 78», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 935 a 948.
 - o «Comentario al artículo 79», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 948 a 952.
 - o «Comentario al artículo 80», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 952 a 957.

- AMORÓS GUARDIOLA, «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», *Anuario de Derecho Civil*, nº, fasc. 4, 1965, pp. 953 a 988.
- ANDRIOLI, «La posizione del creditore nell'esecuzione singolare e nel fallimento», *Foro Italiano*, 1934, IV, pp. 147 a 160.
 - o «Fallimento (dir. priv. e dir. proc. civ.)», *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967 (versión digital).
- ANSALDO, *Discursus legales de comercio et mercatura*, Roma, 1698, disponible en <https://play.google.com/books/reader?id=XrFDAAAACAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PP15> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017).
- ARAGONESES ALONSO y GUASP DELGADO, «Nociones generales y requisitos del concurso de acreedores», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 329 a 358.
- AUBRY/RAU, *Cours de Droit Civil Français, d'après l'ouvrage de M.C.S. Zacharie*, 4ª ed., vol. VI, París, 1873.
- AYALA GARRIDO, «Entre los privilegios de la Administración Pública y la “vis atractiva” del proceso concursal», *Anales de Derecho*, vol. 36, núm. 1, 2018, pp. 1 a 43.
- AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, tomo I, 2ª ed., UTET, Torino, 1961.
- BADENAS CARPIO/BOLDÓ RODA, «Comentario al art. 59 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 644 a 658.
- BAREA MARTÍNEZ/MARQUÉS MOSQUERA, «El concursado y la administración concursal: capacidad y ámbito de actuación respectivo, con especial referencia a los actos de disposición», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº extraordinario, 2016, pp. 159 a 220.
- BASAS FERNÁNDEZ, «La quiebra del Banco Aragón-Aguilar de Burgos, en 1557», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 82, 1961, pp. 349-379.

- BÉDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes ou Commentaire de la Loi du 28 mai 1838*, tomo I, 2ª ed., Auguste Durand Libraire, Paris, 1856.
- BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, ed. Hermann Böhlau, Weimar, 1886, disponible en <https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/goToPage/bsb10931410.html?pageNo=161> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).
- BELLIDO PENADÉS, «Comentario al artículo 51», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, civitas, Madrid, 2004, pp. 1003 a 1012.
 - «Comentario al artículo 54», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, civitas, Madrid, 2004, pp. 1020 a 1028.
 - «Comentario al artículo 55», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1029 a 1035.
 - *El procedimiento de declaración de concurso*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, «Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y ley concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1677 a 1735.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, *Las deudas de la masa*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.
 - «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», *Estudios sobre el Anteproyecto de ley Concursal de 2001*, ed. Dilex, Madrid, 2002, pp. 153 a 175.
 - «Comentario al art. 48 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 960 a 988.

- «Comentario al art. 49 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 989 a 995.
 - «Comentario al art. 84 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1493 a 1524.
 - «Comentario al artículo 142 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2295 a 2314.
 - «Comentario al artículo 148 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2366 a 2377.
 - «Comentario al artículo 154 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2427 a 2440.
 - «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, pp. 29 a 52.
 - «Las operaciones del concurso de acreedores: la masa activa y la masa pasiva», *Curso de Derecho Mercantil* (Dir. URÍA/MENÉNDEZ), tomo II, 2ª ed., 2007, pp. 1013 a 1044.
- BELTRÁN SÁNCHEZ/ MARTÍNEZ FLÓREZ, «Comentario al artículo 145», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2336 a 2348.
 - BELTRÁN SÁNCHEZ/MERCADER, «Comentario al artículo 149», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, civitas, Madrid, 2004, pp. 2378 a 2395.

- BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (dirs.); LÓPEZ APARCERO (colaborador), *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BELTRÁN SÁNCHEZ/TIRADO MARTÍ, «La prohibición de autocontratación de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 87 a 126.
- BENITO, *Manual de Derecho Mercantil*, tomo III, ed. Victoriano Suárez, Madrid, 1929.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, ed. Montecorvo, Madrid, 1976.
 - o «Comentario al artículo 2», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 36 a 48.
 - o «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 357 a 369.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, «Normas de protección de terceros y retroacción de la quiebra (Nota sobre un falso problema)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIII, julio-agosto, nº 641, 1997, pp. 1407 a 1428.
 - o «Comentario al art. 58 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1084 a 1102.
- BERNHARDT, *Das Zivilprozessrecht*, 3ª ed., Berlín, 1968.
- BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, ed. tipografía cooperativa, Pavia, 1920.
 - o *Teoría general del negocio jurídico* (trad. MARTÍN PÉREZ), ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1959.
- BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Padova, 1996

- «Atto negoziale di destinazione e separazione», *I patrimoni separati fra tradizione e innovazione* (a cura di TONDO), G. Giappichelli ed., Torino, 2007, pp. 151 a 184.
- BIANCHI, *Corso di diritto civile italiano*, vol. IX, parte I, Torino, 1895.
- BINNI, voz «Potere di disposizione», *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, ed. Utet, Turín, 1957, pp. 450 a 457.
- BISBAL MÉNDEZ, «Crisis del sistema concursal tradicional y principio de conservación de la empresa», *Actualidad Jurídica*, nº 2, 1981, pp. 5 a 15.
 - *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Real Colegio de España, Bologna, 1986.
- BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, tomo I, 2ª ed., Revista General de Legislación y Jurisprudencia Madrid, 1901.
- BLANCO GÓMEZ, «Los efectos directos de la declaración del concurso en la esfera patrimonial del deudor: administración y disposición de sus bienes y continuidad en su actividad productiva», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, nº 3, 2010, pp. 135-163.
- BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 43, 2005, pp. 37 a 192 (también publicado en *La nueva Ley Concursal. Estudios de Derecho Judicial*, nº 59-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 147 a 360).
- BOBBIO, «Voz “sanzione”», *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, pp. 530 a 540.
- BONELLI, *Del fallimento. Commento al Codice di Commercio*, 3ª ed. (a cura di ANDRIOLI), vol. I, ed. Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1938.
 - «La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale (I)», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. VI, 1888, pp. 193 a 233.

- «La personalidad jurídica dei beni in liquidazione giudiziale (II)», *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. VII, 1889, pp. 3 a 37 y 169 a 230.
 - «Di una nuova teorica della personalità jurídica», *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. IX, 1890, pp. 325 a 360.
 - «La teoria della persona jurídica (I)», *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 445 a 508.
 - «La teoria della persona jurídica (II)», *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 593 a 673.
- BONET NAVARRO, «Comentario al artículo 21», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 210 a 222.
 - BONSIGNORI, «Fallimento», *Digesto*, 1990, edición digital (bddx.leggiditalia.it).
 - BORSARI, *Codice di Commercio del Regno D'Italia annotato*, parte seconda, Torino-Napoli, 1869, disponible en: https://archive.org/details/bub_gb_BRdSwYETDA0C (consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017).
 - BÖTTICHER, «Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ», *ZZP*, 77, 1964, pp. 55 a 77.
 - BRACCI, *La posizione processuale del fallito e i poteri del curatore*, Giuffrè, Milano, 1974.
 - BRINZ, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, ed. Erlangen, 1873, disponible en <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22110088%22> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).
 - BROSETA PONS, *Manual de Derecho mercantil*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1991.
 - BRUNET, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, ed. Thèse, Nancy, 1973.
 - BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Foro italiano, Roma, 1932.
 - CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, ed. Dijusa, 2005.

- CABRERA MERCADO, *El proceso de incapacitación*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- CACHÓN CADENAS, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1991.
 - o AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir. LORCA NAVARRETE; Coord. GUILARTE GUTIÉRREZ), tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2828 a 3253.
- CALAMANDREI, «La sentenza dichiarativa di fallimento come provvedimento cautelare (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1936, pp. 279 a 307.
 - o *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. SENTÍS MELENDO), ed. bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.
 - o «La sentencia como acto de ejecución forzosa», *Opere giuridiche. Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, vol. IX, ed. Roma Trepress, 2019, pp. 344 a 364 -también en *Estudios sobre el Proceso Civil* (trad. SENTÍS MELENDO), Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 513 a 535-.
 - o *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código* (traducción de SENTÍS MELENDO), tomo I, 2ª ed., Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
 - o *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código* (traducción de SENTÍS MELENDO), tomo II, 2ª ed., Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
- CALDERÓN CUADRADO, «Comentario al artículo 19», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, civitas, Madrid, 2004, pp. 433 a 452.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. V, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 1975.
- CANDIAN, «Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. VIII, I, 1931, I, pp. 234 a 265.
 - o *Il processo di fallimento*, Cedam, Padova, 1934.

- *Il processo di fallimento*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1939.
- CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, fascículo 4, pp. 1453 a 1528.
- CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, Cádiz, 1989.
 - «Comentario de la Resolución de la DGRN 22 de febrero de 1989», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 20, abril-agosto, 1989, pp. 387 a 398.
 - *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, ed. tecnos, Madrid, 1993 (reimpresión).
- CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui*, Cedam, Padova, 1936.
 - *El negocio jurídico* (trad. ALBALADEJO), ed. Aguilar, Madrid, 1956.
- CARNACINI, *Contributo alla teoria del pignoramento*, Cedam, Padova, 1936.
- CARNELUTTI, «Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni», *Studi di Diritto Processuale*, vol. II, Cedam, Padova, 1928, pp. 191 a 316.
 - «Carattere della sentenza di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1931, II, 158 a 173.
 - *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, La Litotipo, Padova, 1926.
 - *Lezioni di Diritto Processuale Civile. Processo di esecuzione*, vol. II, Cedam, Padova, 1932.
 - *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, vol. III, Cedam, Padova, 1933.
 - *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, Cedam, 1933.
 - *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933.
 - «Legittimazione a comprare», *Rivista del Diritto Commerciale*, 1935, I, pp. 502 a 504.

- «Ancora sulla natura della sentenza di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1936, I, pp. 260 a 265.
 - «Natura del processo di fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937, I, pp. 213 a 219.
 - *Teoría general del delito* (trad. CONDE), ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
 - *Sistema de Derecho Procesal Civil* (trad. ALCALÁ ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. I, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
 - *Sistema de Derecho Procesal Civil* (traducido por ALCALÁ-ZAMORA/SENTÍS MELENDO), vol. II, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
 - *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1951.
 - *Instituciones del Proceso Civil* (traducción SENTÍS MELENDO), vol. III, Ejea, Buenos Aires, 1960.
 - «Poner en su puesto al Ministerio Público», *Cuestiones sobre el proceso penal* (trad. SENTÍS MELENDO), Librería el Foro, Buenos Aires, 1961, pp. 209 a 218.
- CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Pamplona, Civitas, 2004.
- *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2ª ed., Pamplona, Civitas, 2008.
 - *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., Pamplona, Civitas, 2009.
 - «Comentario al artículo 56», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 586 a 618.
 - «Comentario al artículo 57», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 618 a 624.

- «Comentario al artículo 133», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1460 a 1469.
 - «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1501 a 1506.
 - «Comentario al artículo 139», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1509 a 1512.
 - «Las tercerías en las ejecuciones extraconcursoales. Un absurdo innecesario creado por el Texto Refundido de la Ley Concursal», Gómez-Acebo & Pombo, disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/las-tercerias-en-las-ejecuciones-extraconcursoales-un-absurdo-innecesario-creado-por-el-texto-refundido-de-la-ley-concursal/> (consultado, por última vez, el 20 de mayo de 2020).
- CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.
 - «El juez y la sindicatura del concurso», *La reforma del derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*, civitas, Madrid, 1982, pp. 249 a 271 (también en *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, pp. 81 a 99).
 - «La declaración de la quiebra», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, pp. 63 a 80 (publicado también *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 5, 1996, pp. 357 y ss.).
 - CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, S. Lattes, Torino, 1938.
 - CASELLI, «Gli organi del fallimento: il curatore», *Giurisprudenza commerciale*, 1978, I, pp. 488 a 508.

- CASTÁN TOBEÑAS, «En torno a la teoría del patrimonio», *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1 (2º semestre de 1950), nº 3 (primer semestre de 1951) y nº 4 (segundo semestre de 1952), edc. separada, Madrid, 1952.
 - o *Derecho Civil español, común y foral*, 14ª ed., vol. I, tomo 2, ed. Reus, Madrid, 1984.
- CASTILLO FELIPE, «Precisiones en torno a la terminación normal del proceso de ejecución civil», *Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica* (ed. ROBLES REYES), Aranzadi, 2015, pp. 37-51.
 - o *Control de los presupuestos procesales en la ejecución civil ordinaria: de oficio y por oposición del ejecutado*, tesis doctoral, inédita, Murcia, 2016.
- CECCHINI ROSELL, *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causas y derechos de terceros*, Thomson Aranzadi, 2003.
- CERDÁ, «Tres conferencias del Profesor García Gallo», publicada en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1948, pp. 1386 a 1388.
- CEREZO MIR, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 10, 2002, pp. 47 a 72.
- CERINO CANOVA, «Vendita forzata ed effetto traslativo», *Rivista di Diritto Civile*, fasc. 2, 1980, pp. 137 y ss. (también en *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. I, Cedam, Padova, 1982, pp. 263 a 314).
- CERRI, *Il patrimonio di destinazione nel fallimento*, 2ª ed., G. Giappichelli Editore, Turín, 1997.
- CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel Diritto privato. Dalla destinazione economica all'atto di destinazione ex art. 2645 ter CC*, Cedam, Milano, 2010.
- CICU/MESSINEO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXIII, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1971.

- CHIOVENDA, «Sulla natura dell'espropriazione forzata», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. III, parte I, 1926, pp. 85 a 104.
 - o *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (traducción de GÓMEZ ORBANEJA), tomo I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
 - o *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. CASAIS Y SANTALÓ), tomo II, 3ª ed., Instituto editorial Reus, Madrid, 1977.
- CLEMENTE MEORO, «Los efectos de la declaración de concurso del comprador en la compraventa de inmuebles sometida a condición resolutoria por impago del precio», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, pp. 203 a 228.
- COLINA GAREA, «Las restricciones a las facultades patrimoniales del deudor declarado en concurso», *Aranzadi Civil*, nº 7, 2007, pp. 1 y ss. (versión westlaw).
 - o «La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2010, pp. 1 y ss. (versión digital)
- COLINO MEDIAVILLA, «Comentario al art. 43 de la Ley Concursal», *Comentarios a la Legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA Y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 611 a 615.
- CONDE FUENTES, *Los sujetos del proceso concursal*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
 - o «La impugnación del inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 33, 2014 (versión digital).
- COMOGLIO, *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada* (con DONDI/ANSANELLI), Marcial Pons, 2017.
- CONIGLIO, *Il sequestro giudiziario e conservativo*, ed. Giuffrè, Milano, 1942.
- CORDÓN MORENO, «Anotaciones acerca de la legitimación», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1979, núm. II, pp. 305 a 339.

- «De nuevo sobre la legitimación», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1997, pp. 45 a 83.
- *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisprudencial*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.
- «Comentario al artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN MORENO/ARMENTA DEU/MUERZA ESPARZA/TAPIA FERNÁNDEZ), vol. II, Navarra, 2001.
- *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
- «Los aspectos procesales del concurso», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), Dilex, Madrid, 2003, Madrid, pp. 577 a 609.
- «La intervención judicial en el convenio», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 1, 2004, pp. 127 a 156.
- «Comentario al artículo 40», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 489 a 502.
- «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 506 a 515.
- «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 599 a 607.
- «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), 2ª ed., tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pp. 624 a 632.
- «Comentario al artículo 55 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 632 a 645.

- «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 819 a 833.
- «Comentario al artículo 76 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 873 a 885.
- *Proceso concursal*, 3ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- CORDERO LOBATO, «Comentario al artículo 90», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1050 a 1083.
 - «Comentario al artículo 96», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1115 a 1119.
- CORSINI, voce «Legittimazione processuale (dir. proc. Civ.)», *Diritto on line*, 2019.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Aproximación al proceso de declaración de quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 146, 1977, pp. 461 a 517.
 - «La declaración judicial de concurso», *Revista del Poder Judicial. La Ley Concursal*, número especial, XVIII, 2004, pp. 11 a 24.
 - «La naturaleza jurídica de la declaración judicial de concurso», *Tratado de Derecho Mercantil*, OLIVENCIA RUIZ, FERNÁNDEZ-NÓVOA y JIMÉNEZ DE PARGA (dirs.); JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), vol. 7 (*Derecho Procesal Concursal*), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 17 a 39.
- CRISTOFOLINI, «Dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento», *Rivista Diritto Processuale Civile*, I, 1931, pp. 321 a 328.
- CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- D'AVACK, *La natura giuridica del fallimento*, Cedam, Padova, 1940.

- DASSO, *Derecho concursal comparado*, tomo I, ed. Legis, Buenos Aires, 2009.
 - o *Derecho concursal comparado*, tomo II, ed. Legis, Buenos Aires, 2009.
- DE BUSTOS, «Comentario al artículo 137», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 659 y 660.
 - o «Comentario al artículo 139», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 648 a 650.
- DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Talleres Gráficos Marisal, Madrid, 1972.
 - o *Temas de Derecho Civil*, Talleres Gráficos Marisal, Madrid, 1972 (reimpresión 1976).
 - o *Derecho Civil de España*, vol. II, ed. Aranzadi-Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- DE COSSÍO Y CORRAL, «La teoría del patrimonio», *Estudios de Derecho Público y Privado: ofrecidos al Profesor Ignacio Serrano y Serrano*, tomo I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, pp. 125 a 156.
- DE CUPIS, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. MARTÍNEZ SARRIÓN), Bosch, Barcelona, 1975.
- DE LA CÁMARA, «Estudio sobre la representación legal en Derecho mercantil», *Escritos en homenaje al prof. De Castro*, I, Madrid, 1976, pp. 295 a 364.
- DE LA CUESTA RUTE, *El Convenio Concursal. Comentarios a los artículos 98 a 141 de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1971.
 - o «Sobre conceptos básicos del Derecho procesal», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 1, 1976, pp. 191 a 214.
 - o *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980.

- *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, ed. Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- DE LA OLIVA SANTOS/FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil I*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- DE LA OLIVA SANTOS/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGA TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*, 3ª ed., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- DE LA OLIVA SANTOS/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.
- DE LA OLIVA SANTO/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/ VEGAS TORRES/BANACLOCHE PALAO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.
- DE LA PLAZA NAVARRO, *Derecho Procesal Civil Español*, vol. I, 3ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
 - *Derecho Procesal Civil Español*, vol. II, 3ª ed., ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- DE LOS MOZOS, «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, nº 75, 7-8, 1991, pp. 587 a 609.
- DE MARTINI, «Posizione degli organi fallimentari rispetto al fallito ed ai creditori», *Rivista Diritto Processuale*, 1946, II, pp. 110 a 138.
 - *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1956.
- DE PRADA GONZÁLEZ, «Patrimonios adscritos a fines», *Revista jurídica del notariado*, nº 19, 1996, pp. 149 a 204.
- DE TORRES PEREA, «Rescisión concursal versus seguridad del tráfico jurídico», *Revista de Derecho Civil*, nº 2, 2018, pp. 363 a 375.

- DE SOTO CARNIAGO, «Algunas reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley Concursal», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 3, 1984-1985, pp. 365 a 392.
- DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 4ª ed., Cedam, Padova, 1964.
- DEL VECCHIO, «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984, pp. 237 a 259.
- DENTI, «Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione», *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, vol. I, pp. 132 a 139.
- DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de Droit Commercial*, 9ª ed., tomo VI, Paris, 1861, disponible en <https://ia800208.us.archive.org/24/items/traitthoriqu06dela/traitthoriqu06dela.pdf> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017).
- DE LA CRUZ BÉRTOLO, «Comentario al artículo 27», *Comentarios a la legislación concursal* (Dirs. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU), tomo I, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 527 a 542.
- DI MAJO, voce «Legittimazione negli atti giuridici», *Enc. Dir.*, t. XXIV, 1974, pp. 1 y ss. (versión digital).
- DÍAZ MARTÍNEZ, *El proceso concursal*, 6ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014.
 - o «Presente y futuro de las acciones de reintegración», *Diario La Ley*, nº 5640, 24 de octubre de 2002, año XXIII, Ref. D-225, tomo 5, pp. 1 y ss. (versión digital).
- DÍAZ MORENO, «Comentario a la Sección 6ª. De la aprobación judicial del convenio», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2133 a 2135.
 - o «Comentario al artículo 128 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2139 a 2168.

- «Comentario al artículo 129 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2169 a 2188.
- «Comentario al artículo 130 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2189 a 2191.
- «Comentario al artículo 131 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2192 a 2200.
- «Los efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular, los supuestos de deudores personas jurídicas», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 227 a 257.
- «La ineficacia de los actos del deudor concursado que infrinjan las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 1843 a 1883.
- «Los efectos de la declaración del concurso en la esfera patrimonial: en especial, los efectos sobre el deudor», *Ley 22/2003, concursal: puntos críticos* (coords. ELORZA GUERRERO y GUERRERO LEBRÓN), Sevilla, 2009, pp. 59 a 87.
- DÍAZ-REGAÑÓN/UREÑA, «Comentario al artículo 36», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 323 a 345.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979 (reimpresión de 1992).
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11ª ed., tecnos, Madrid, 2004 (reimpresión 2003).
 - *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 8ª ed., tecnos, Madrid, 2012.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Proceso concursal. Arbitraje*, ed. Universitaria Ramón Areces, 2004.
- DOMEGNE AMER, *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, ed. Civitas, Madrid, 1996.
- DONADIO, *I patrimoni separati*, Casa editrice dott. Luigi Macri, Città di Castello e Macri, 1941.
- DONDI, «Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil», *Justicia*, nº 1, 2016, pp. 33 a 42.
 - o *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada* (con ANSANELLI/COMOGLIO), Marcial Pons, 2017.
 - o «Una visión partidista de los acontecimientos de la scuola italiana del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX», *Justicia*, nº 1, 2018, pp. 39 a 56.
 - o «Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos de futuro. Algunas impresiones peregrinas», *Justicia*, nº 1, 2019, pp. 37 a 53.
 - o «Una mirada comparatista (y algo histórica) sobre la actual perniciosa obsolescencia de un papel activo del juez civil», *Justicia*, nº 2, 2020, pp. 21 a 46.
- DÖLLE, «Neutrales Handeln im Privatrecht», *Festschrift für Fritz Schulz*, vol. II, ed. Böhlau, Weimar, 1951, pp. 268 y ss.
- DUURSMA-KEPPLINGER, «Die Haftung des Masseverwalters gem § 81 abs 3 IO-Haftung ex mandato oder Haftung im Zwischenbereich von Vertrag und delikt», *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, número especial 2014, 2015, pp. 2423 a 2446.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», *Anuario de Derecho Civil*, nº 33, 1980, pp. 29 a 103.

- DURO VENTURA, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la legislación concursal* (coord. PALOMAR OLMEDA), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 540 a 543.
- EGIZIANO, *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, G. Giappichelli ed., Torino, 2009.
- ENNECCERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* (revisada por NIPPERDEY), vol. I, 13ª ed., Marburg, Elwert, 1931.
- ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1981, t. I, vol. II.
- ERDMANN, «Praktische Konsequenzen der Behandlung der Konkursverwalter als Organ der Konkursmasse», *KTS*, 1967, pp. 87 a 132.
- ESCOBEDO DUATO, *La quiebra de «Barcelona Traction»*, 2ª ed., ed. Talleres Gráficos Mariano Galve, Barcelona, 1957.
- ESCRIBANO, «El perjuicio de la acción rescisoria concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 10, 2007, pp. 7 a 59.
- ESPIGARES HUETE, *La acción rescisoria concursal*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2011.
- ESTABAN VELASCO, «La acción individual de responsabilidad», *La responsabilidad de los administradores* (Dir. ROJO/BELTRÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 153 a 226.
- FACCIOLI, «Commentario all'articolo 16», con ZACCARIA, *Commentario breve alla legge Fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 98 a 103.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a los artículos 56 y 57», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 645 a 667.
- FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano, 1939.
 - o Voce «Capacità (teoria generale)», *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 1 y ss.

- FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Bolonia, 1998.
 - o «Reintegración del patrimonio del concursado», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 25, 2007, pp. 13 a 43.
- FERNÁNDEZ SEIJO, «Acciones rescisorias y reintegración efectiva del patrimonio del deudor», *Estudios de Derecho Judicial*, nº 85 (ejemplar dedicado a la reforma concursal), Madrid, 2005, pp. 215 a 252.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Derecho Procesal Civil. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, tomo III, 4ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
 - o «Comentario al artículo 7», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 54 a 60.
 - o «Comentario al artículo 8», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 61 a 72.
- FERRARA (JR.), «Curatore del fallimento», *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, edición digital (www.iusexplorer.it).
 - o *Il fallimento*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1989.
- FERRARA (SR.), «La teoria della persona giuridica (I)», *Rivista di Diritto Civile*, vol. II, 1910, pp. 785 a 803.
 - o «La teoria della persona giuridica (II)», *Rivista di Diritto Civile*, vol. III, 1911, pp. 638 a 680.
 - o «Patrimoni sotto amministrazione», *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1912, pp. 317 a 339.
 - o *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I, parte I, ed. Athenaeum, Roma, 1921.
 - o «I negozi sul patrimonio altrui (a proposito di una recente pubblicazione)», *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. XXXV, parte prima, 1937, pp. 179 a 204.

- FERRÉ FALCÓN/KELLER, «La reforma de la legislación concursal en Alemania», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 27, 2012, pp. 327 a 334.
- FERRER MARTÍN, «La intervención de las operaciones del deudor en los procedimientos de suspensión de pagos», *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1961, pp. 79 a 104.
- FERRI, *Manuale di Diritto commerciale*, ed. UTET, Torino, 1993.
- FUENTES DEVESA, «La designación por turno. La designación judicial», *La administración concursal* (Dirs. ROJO/GALLEGO/CAMPUZANO), Thomson-Reuters Civitas, 2016, pp. 183 a 216.
 - o «La venta de finca hipotecada en la liquidación concursal, en especial en caso de venta de unidad productiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 625/2017, de 21 de noviembre de 2017», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2018, pp. 55 a 68.
- GALÁN CORONA, «Acciones rescisorias concursales», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa* (a cura di SARCINA/GARCÍA-CRUCES), Bari, 2008, pp. 115 a 125.
- GALLEGO SÁNCHEZ, *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Giuffrè, Milano, 1942.
- GARCÍA GARCÍA, «Teoría general del patrimonio», *Estudios en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I, Parte General, Civitas, Madrid, 2003, pp. 581 a 610.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Barcelona, 1992.
 - o «De la capacidad para comprar y vender. Comentario a los artículos 1457 a 1459 del Código civil», *Comentario al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), tomo VII, pp. 10276 a 10306.

- GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 421 a 443.
- GARCÍA VALDECASAS, *Dictamen sobre la quiebra “Barcelona Traction Light and Power Cº. Ltd”*, Elzeviriana, Barcelona, 1953.
- GARCÍA VICENTE, «Comentario al artículo 61», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 669 a 706.
 - o «Comentario al artículo 62», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 706 a 712.
 - o «La anulación de los actos del concursado que infringe las limitaciones patrimoniales que pesan sobre él: En particular, el artículo 40.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2005, pp. 1 y ss. (versión digital).
 - o «El mantenimiento de los contratos de tracto sucesivo en interés del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 13, 2008, pp. 349 a 362.
- GARCÍA VILLAVERDE, «La quiebra: fuentes aplicables y presupuestos de su declaración», AAVV, *Derecho Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, pp. 271 y ss.
 - o «El anteproyecto de ley concursal del 2000: las bases de una reforma esperada», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 491, 2001, pp. 1 y ss. (versión digital westlaw).
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «La reintegración de la masa activa en la Ley concursal (II)», *Actualidad jurídica aranzadi*, nº 591, 2003, pp. 1 a 7.
 - o *La calificación del concurso*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
 - o «Comentario al art. 164 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2521 a 2534.

- «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 347 a 380.
- «La responsabilidad concursal», *La responsabilidad de los administradores* (Coords. ROJO/BELTRÁN), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 261 a 306.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», *La liquidación concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 159 a 176.
 - «La discusión de derechos de crédito incluidos en el inventario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 25, 2012, pp. 435 a 443.
 - «El concursado persona física que haya perdido su vivienda habitual sobre la que recaía garantía hipotecaria, ¿puede beneficiarse del descuento de deuda pendiente previsto en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?; y, junto con ese descuento ¿de la remisión de deudas insatisfechas establecida en el artículo 178.2 de la Ley Concursal?», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 1033 a 1036.
- GARRIDO GARCÍA, «Comentario al artículo 90», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1606 a 1634.
 - «Comentario al artículo 94», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1681 a 1698.
 - «Comentario al artículo 96», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1709 a 1720.
 - «Comentario al artículo 134», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2221 a 2233.

- «Comentario al artículo 155», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2441 a 2464.
- GARRIGUES, «Derecho de las quiebras y de las suspensiones de pagos», *Revista de Derecho Privado*, junio, 1940, pp. 131 a 138.
 - *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. S. Aguirre, Madrid, 1940.
 - *Curso de Derecho Mercantil*, tomo V, 7ª ed. (reimpresión), Temis, Bogotá, 1987.
- GASCÓN INCHAUSTI, «La tercería concursal: el ejercicio del derecho de separación *ex iure dominio* en los procesos concursales», *Tribunales de Justicia*, nº 2, 2000, pp. 1 a 41.
 - «Comentario a la SAP Badajoz de 23 de junio de 2000», *Tribunales de Justicia*, diciembre, 2001, pp. 103 a 107.
- GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*, tomo I, ed. LGDJ, París, 1919, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k3332127r/f5.image> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).
- GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. II, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1905, disponible en <http://dlib-pr.mpiert.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22143556%22> (consultado, por última vez, 30 de julio de 2020).
- GIL RODRÍGUEZ, «Comentario al artículo 71», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 829 a 871.
 - «Comentario al artículo 72», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 872 a 886.
 - «Comentario al artículo 73», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 886 a 900.

- GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración*, ed. Colex, Madrid, 2005.
 - o «¿Puede un juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?», *Derecho & Sociedad*, nº 38, 2012, pp. 117 a 125.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Prohibiciones de disponer», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 9-10, 1925, pp. 658 a 680.
- GONZÁLEZ PALOMINO en SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, ed. Reus, Madrid, 1948, pp. 310 a 313.
- GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (trad. por PRIETO-CASTRO), ed. Labor, Barcelona, 1936, disponible en <https://es.slideshare.net/josepmarti22/derecho-procesal-civil-james-goldschmidt> (consultado, por última vez, el 28 de junio de 2020).
- GOMBEAUX, «Les créanciers de la masse en faillite», *Ann. Droit commercial*, 1907, pp. 417 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.
 - o «Par conditio creditorum y protección del tráfico (un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley concursal)», *Actualidad Civil*, nº 17, tomo 2, 2003, pp. 1 a 17 (versión digital laleydigital360).
- GÓMEZ DE LA SERNA/REUS Y GARCÍA, *Código de comercio, arreglado a la reforma decretada en 6 de diciembre de 1868, anotado y concordado*, 6ª ed., Madrid, 1875.
- GÓMEZ MARTÍN, *Administración concursal*, CISS, Valencia, 2004.
- GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1960.
- GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación», AAVV, *Estudios de Derecho histórico y moderno*, Colegio Notarial de Barcelona. Conferencias del cursillo del año 1947, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pp. 21 a 45.
 - o *El ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid, 1975.

- *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario* (con HERCE QUEMADA), vol. I, 8ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979.
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992.
 - «Comentario al art. 26.3º de la Ley Hipotecaria», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirs. ALBALADEJO GARCÍA/DÍAZ ALABART), tomo VII, vol. 4º, Madrid, 1999, pp. 1 y ss. (versión digital)
- GONZÁLEZ BILBAO, «Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 94, 2004, pp. 167 a 192.
- GONZÁLEZ CANO, *El nuevo tratamiento procesal de la insolvencia y la fase común del proceso concursal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, Imprenta de C. González, Madrid, 1856.
- GONZÁLEZ MONTES, «Acumulación en el concurso: acciones declarativas y ejecutivas», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO/GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 259 a 288.
- GONZÁLEZ NAVARRO, «La pluralidad de acreedores en el concurso, según la DGRN», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2013, pp. 99 a 106.
- GORLA, «L'atto di disposizione dei diritti», *Studi in memoria di Edoardo Tommasone*, Cedam, Padova, 1937, pp. 3 a 132.
- GRAßHOFF, «Die Verselbständigen Vermögensmassen (Die dritte Rechtsperson)», *Rechtsanwälte des Kammergerichtsbezirks*, Festschrift für E. Heinitz, Reimar Hobbing, Berlín, 1926, pp. 124 y ss.
- GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012.

- GUASP DELGADO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, III parte, 2ª ed., Aguilar, Madrid, 1950.
 - o *La quiebra de la “Barcelona Traction Light and Power Cº Ltd.”*, Imprenta Elzeviriana, Barcelona, 1952.
 - o *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
 - o *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª reimpresión de la 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
 - o *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971.
- GUASP/ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Comentario al artículo 40.7», *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), tomo I, ed. Lex Nova, Valencia, 2004, pp. 715 a 730.
 - o *La capacidad del deudor concursado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
 - o «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento de un convenio: una reflexión crítica», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 15, 2008, pp. 381 a 394.
- GULLÓN BALLESTEROS, «La acción rescisoria concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 4125 a 4135.
- GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, «A vueltas con la legitimación: en busca de una construcción estable», *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, pp. 211 a 271.
 - o *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, 1999.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, «La excepción dilatoria de falta de carácter», *Estudios de Derecho Procesal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1974, pp. 243 a 299.

- GUTIÉRREZ JEREZ, «La necesaria concurrencia de la buena fe en relación a la libre disposición de bienes y en cuanto a la actuación mediante apoderado cuando el poder esté extinguido», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, 2019, pp. 19 a 51.
- HEINEMANN, «Das Ersatzgeschäft. Ein Beitrag zum allgemeinen Recht der Verwaltung und der Zwangsvollstreckung», *Gruchos Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 69, 1928, pp. 319 y ss.; pp. 550 y ss.
 - o «Die Verwaltungsrechts an fremden Vermögen. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der subjektiven Privatsrechte», *Gruchos Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 70, 1929, pp. 496 y ss.
- HANISCH, *Rechtszuständigkeit der Konkursmasse (die Wiederentdeckung selbständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht)*, Frankfurt, 1973.
- HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, 2ª ed., ed. Häring, Berlin, 1907, disponible en http://digital.bib-bvb.de/view/bvbmets/viewer.0.6.4.jsp?folder_id=0&dvs=1607098423750~268&pid=13830995&locale=es&usePid1=true&usePid2=true (consultado, por última vez, el 4 de diciembre de 2020).
- HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. I, Deichert, Leipzig, 1903, disponible en https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11169834_00005.html (consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020).
 - o *System des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I, ed. Deichert, Leipzig, 1912.
- HERBOSA MARTÍNEZ, «Los efectos del concurso sobre la persona del deudor en el Proyecto de Ley Concursal de julio de 2002», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 678, 2003, pp. 1 a 29 (versión digital; disponible en vlex).
- HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, «La administración concursal: composición, funciones, retribución y responsabilidad», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 199 a 225.

- HERRERO PEREZAGUA, «Comentario al artículo 193», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1946 a 1951.
 - «Comentario al artículo 194», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1951 a 1958.
 - «La competencia del juez del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 163 a 197.
 - «La lista de acreedores: comunicación y reconocimiento de créditos en el concurso», *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa: profili di Diritto Concorsuale italiano e spagnolo a confronto*, SARCINA y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (a cura di), Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 131 a 157.
 - «Legitimación y procedimiento en las acciones de reintegración», *La reintegración en el concurso de acreedores*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 163 a 194.
 - «Comunicación de créditos», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dirs. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 513 a 531.
 - «Procedimiento abreviado», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dirs. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 2423 a 2436.
 - «Monitorio y concurso», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2015, pp. 223 a 243.
 - «La lista de acreedores y el inventario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 271 a 319.

- HERRERA CUEVAS/ CARRILLO OLANO/MELLER GINÉS, *Manual de la Reforma Concursal*, ed. Europea de Derecho, Madrid, 2004.
- HERRERO DE EGAÑA/DE TOLEDO, «Comentario al artículo 59», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 312 a 314.
- HESTON, «The United States Trustee: the missing link of bankruptcy crime prosecutions», *ABI Law Review*, nº 6, 1998, pp. 359 a 408.
- IHERING, *El fin en el Derecho* (trad. ABAD DE SANTILLÁN), ed. Comares, Granada, 2000.
- IL PINO, *Il patrimonio separato*, Cedam, Padova, 1950.
- INVREA, «Possibilità giuridica e legittimazione», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, 1939, pp. 313 a 331.
- JAEGER, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, 8ª ed., Berlín-Leipzig, 1932.
 - o *Konkursordnung. Großkommentar* (edición preparada por HENCKEL), 9ª ed., ed. Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1997.
- JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, «Los órganos de la quiebra», *Estudios en homenaje a De Castro*, tomo I, Madrid, 1976, pp. 811 a 836.
- JORNADO BAREA, «Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero 1950. Comentario», *Anuario de Derecho Civil*, nº IV, 1950, pp. 1372 a 1382.
- JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente*, Comares, Granada, 2001.
- JUAN SÁNCHEZ, «El interés jurídico como criterio de legitimación en el proceso civil», *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 10, 2011, pp. 215 a 248.
 - o *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción. Fundamentos y reglas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
 - o «¿Nadie litiga por otro o la inexistencia de la legitimación extraordinaria: una clasificación de las situaciones legitimantes desde una perspectiva

comparada franco-española», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 31, 2013, pp. 1 y ss. (versión digital).

- JUAN Y MATEU, «Comentario al art. 36 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 725 a 740.
- JUÁREZ TORREJÓN, «La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. IV, pp. 1277 a 1350.
- KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts für das akademische Studium*, vol. I, 3ª ed., Berlín, 1925.
- KOHLER, «Der Dispositionnießbrauch», *Iherings Jahrbücher*, Bd. XXIV, 1886.
 - o *Lehrbuch des Konkursrechts*, ed. Enke, Stuttgart, 1891.
- KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Verwaltungs-und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, Verlag von Julius Springer, Berlín, 1910.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, vol. I, 5ª ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- LADARIA CALDENTEY, *Legitimación y apariencia jurídica*, ed. Bosch, Barcelona, 1952.
- LARENZ, *Derecho civil. Parte General* (trad. IZQUIERDO), Edersa, Madrid, 1978.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil patrimonial*, 21ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.
- LENT, «Zur lehre von der Partei kraft Amtes», *ZZP*, núm. 62, 1941, pp. 129 a 209.
- LEÓN SANZ, «El sistema de reintegración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 241 a 292.

- «Comentario al artículo 71», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1301 a 1321.
- «Comentario al artículo 72», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 872 a 886.
- «Comentario al artículo 73», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1329 a 1335.
- «La rescisión de contratos por fraude de acreedores en la suspensión de pagos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2004», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 3, 2004, pp. 443 a 452.
- LIEBMAN, «Il titolo esecutivo riguardo ai terzi», *Rivista Diritto Processuale Civile*, 1934, I, pp. 126 a 155.
- LINACERO DE LA FUENTE, *Las acciones de reintegración en la Ley Concursal*, Reus, Madrid, 2005.
- LIPARI, «Struttura e funzione della sentenza dichiarativa di fallimento», *Il circolo giuridico*, 1930, pp. 20 a 35.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, *El embargo de la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1999.
 - *El proceso concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
 - «Comentario al artículo 184», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1881 a 1908.
 - «Los efectos de la declaración de concurso (una primera aproximación a la disciplina contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio)», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 2005 a 2052.

- «La rescisión concursal de los actos dispositivos procesales», *La reintegración de la masa* (Dir. BELTRÁN/SANJUÁN), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 169 a 177.
 - «Ejecución separada (La)», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1261 a 1281.
 - «Embargo», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1283 a 1295.
 - «Capacidad procesal, legitimación y actos dispositivos procesales del concursado», *Jurisprudencia y concurso: estudios sobre la doctrina de la Sala primera del Tribunal Supremo formada en aplicación de la Ley Concursal* (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 101 a 149.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos (intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a R.T.V.)*, s.n., Madrid, 1983.
 - LYON-CAEN y RENAULT, *Traité de Droit Commercial*, 2ª ed., tome VII, ed. Librairie Cotillon, Paris, 1897, disponible en: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k65378072/f7.image>, (consultado, por última vez, el 18 de abril de 2017).
 - MADRAZO, «Comentario al artículo 79», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1424 a 1440.
 - MAFFIA, «Personificación del concurso y función orgánica de la sindicatura», *Il diritto fallimentare e delle società commerciale*, I, 1981, pp. 24 a 65.
 - MAGDALENO, «La rendición de cuentas de la administración concursal», *La administración concursal* (Dir. ROJO/GALLEGRO/CAMPUZANO), Thomson-Reuters Civitas, 2016, pp. 479 a 496.

- MAGDALENO CARMONA/BENEYTO, *Aspectos procesales de la práctica concursal: instituciones preconcursales, jurisdicción y competencia, el proceso laboral, calificación y responsabilidad concursal*, Bosch, Barcelona, 2015.
- MAIORCA, «Prolegomeni ad una teoria delle strutture del diritto», *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, vol. I, L. 2 (Diritto civile), Giuffrè, Milano, 1975, pp. 1315 y ss.
- MALAGÓN RUIZ, «Admisión del concurso», *Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia. Dada por especialistas* (Dir. MARTÍN MOLINA; Coord. DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 41 a 57.
- MANDRIOLI, *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, Giuffrè, 1955.
- MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, *La declaración formal de quiebra y sus efectos*, Cedecs, Barcelona, 1997.
 - o «Comentario a los artículos 21 y 22», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 334 a 349.
- MARÍN LÓPEZ, «Comentario al artículo 51», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 478 a 513.
 - o «Comentario al artículo 54», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 535 a 562.
 - o «Comentario al artículo 55», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 562 a 586.
 - o «La limitación de las facultades patrimoniales del concursado», *Aranzadi Civil*, 2005, nº 13, pp. 17 a 63.
- MÁRQUEZ LOBILLO, «Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1389 a 1406.

- MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 7ª ed. (anotada y puesta al corriente por DURÁN Y BAS), Librería de Álvaro Verdaguer, Barcelona, 1875.
- MARTÍN MARTÍN, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 (625/2017)», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2017, pp. 67 a 86.
- MARTÍN MARTÍN/GARCÍA-TORRECILLAS GARCÍA, «Competencia objetiva para la ejecución judicial separada de bienes concursales hipotecados», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, nº 41, mayo, 2017, pp. 1555 a 1568.
- MARTÍN PASTOR, «Declaración de concurso: presupuestos, competencia, procedimiento y efectos», *Tribunales de Justicia: revista española de Derecho procesal*, nº 12, 2003, pp. 1 a 49.
- MARTÍN REYES, «La impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa. Breves apuntes sobre una reforma esperada», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, tomo IV, 2005, pp. 4175 a 4191.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, *Efectos de la quiebra del empresario individual sobre la posición jurídica del deudor*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991.
 - o *Las interdicciones legales del quebrado*, Aranzadi, Madrid, 1993.
 - o *La inhabilitación del quebrado. Ámbito temporal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.
 - o «Comentario al artículo 40», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 772 a 820.
 - o «Comentario al art. 42 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 868 a 886.

- «Comentario al art. 43 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 887 a 902.
 - «Comentario al art. 44 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 903 a 925.
 - «Comentario al artículo 61», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1117 a 1161.
 - «Comentario al artículo 62», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1162 a 1173.
 - «Comentario al artículo 137», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, civitas, Madrid, 2004, pp. 2249 a 2264.
 - «La intervención y la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administrar y de disponer de los bienes integrantes de la masa activa», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 123 a 205.
 - «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 4, 2005, pp. 315 a 344.
 - «La declaración de concurso y la capacidad de obrar del deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 6, 2005, pp. 65 a 127.
 - «Desapoderamiento (significado y naturaleza)», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES (dirs.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1117 a 1142.
- MARTÍNEZ GALLEGO, «Comentario al artículo 54», *Comentario práctico a la nueva Ley Concursal*, LÓPEZ LÓPEZ/MACÍAS CASTILLO (coords.), La Ley, Madrid, 2012, pp. 306 a 311.

- MASCARELL NAVARRO, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, ed. Comares, Granada, 1994.
- MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Bosch, Barcelona, 1986.
- MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, tomo V, Paris, 1846, disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=8ktsE0h5TVIC&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA188> (consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017).
- MELLER, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Librairie Arthur Rousseau, París, 1935, tesis doctoral, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k97976163.texteImage> (consultado, por última vez, el 25 de mayo de 2021).
- MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 1946.
- MEVIUS, *Decisiones super causis praecipuis ad praedictum Tribunal regium delatis*, 10ª ed., tomo I, 1791, disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=Gnc3AQAAMAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PP7> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017).
- MIQUEL GONZÁLEZ, *La posesión de bienes muebles (estudio del art. 464.1 del Código Civil)*, Montecorvo, Madrid, 1979.
- MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Giuffrè, Milano, 1951.
- MONTERO AROCA, *Introducción al derecho procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1976.
 - *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997.
 - *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.
- MONTERO AROCA/FLORS MATÍES, *Tratado de proceso de ejecución civil*, tomo II, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

- MONTÉS PENADÉS, «Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y de la tramitación del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007, pp. 7 a 27.
- MORALEJO IMVERNÓN, «Comentario al artículo 131 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1439 a 1448.
 - o «Comentario al artículo 148», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1584 a 1593.
 - o «Comentario al artículo 149», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1594 a 1623.
- MORENO GARCÍA, «La autonomía de la calificación de la insolvencia en el proceso penal y en el proceso concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 51, 2020, pp. 87 a 112.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, *Los efectos de la declaración de concurso en los contratos bilaterales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MORENO SERRANO, «La aplicación del art. 40 LC en la jurisprudencia (la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso)», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 8, 2008, pp. 333 a 340.
 - o *El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso*, Wolters Kluwer-La Ley, 2014.
- MORILLAS JARILLO, «Comentario al artículo 138», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2265 a 2268.
 - o «Comentario al artículo 139», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2269 a 2275.

- «Comentario a la Disposición Adicional Primera», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 3027 a 3034.
- MORÓN PALOMINO, «Sobre el concepto de Derecho procesal», *Revista de Derecho Procesal*, 1962, pp. 507 a 565.
- MOSCO, *La representación voluntaria en los negocios jurídico* (trad. CERRILLO QUILEZ), colección Nereo, Barcelona, 1963.
- MOXÓ RUANO, «Propiedad limitada: prohibiciones de disponer», *Propiedad y matrimonio. Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949*, Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1956, pp. 9 a 55.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, «Los gastos del incidente concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 12, 2007, pp. 137 a 163.
- MUÑOZ ROJAS, «El interés en el proceso civil», *Temis*, nº 4, 1958, pp. 45 y ss.
 - «Parte y justa parte en el proceso civil», *Revista de Derecho Judicial*, nº 4, 1960, pp. 48 a 75.
 - «Algunas facetas de los juicios universales», *Constitución, Derecho Y Proceso. Estudios en memoria de los profesores V. Herce Quemada y A. Duque Barragues*, nº 940 de la Institución Fernando el Católico, ed. Cometa, Zaragoza, 1983, pp. 569 a 596.
- MURGA FERNÁNDEZ, «La eficacia de las prohibiciones de disponer frente. Los actos de disposición de carácter forzoso (embargo y posterior enajenación forzosa): posibles soluciones y postura actual de la DGRN», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2014, pp. 1 a 15 (versión digital).
- NASI, *Processo e esecuzione nel fallimento*, Cedam, Padova, 1973.
- NAVARRINI, *Trattato elementare di diritto commerciale*, vol. II, 2ª ed., Fratelli Bocca Editori, Milano, 1914.
 - *Trattato di Diritto Fallimentare secondo la nuova legislazione*, tomo I, Zanichelli, 1934.

- NIEVA FENOLL, *La sustitución procesal*, Marcial Pons, 2004.
 - o «Estudio introductorio», *Estudios e informes en materia concursal*, Marcial Pons, 2012, pp. 11 a 35.
- NIGRO y VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2ª ed., Il Mulino, Bologna, 2012.
- OETKER, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, ed. Ferdinand Enke, Stuttgart, 1891, vol. I, disponible en <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22181493%22> (consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020).
- OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, ed. Montecorvo, Madrid, 1963.
 - o «Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 25 a 55.
 - o «La declaración de concurso», en *La nueva Ley Concursal*, Estudios de Derecho Judicial, nº 59, 2004, pp. 19 a 70.
 - o *La terminología jurídica de la reforma concursal*, Madrid, Iustel, 2006.
 - o «Reflexiones sobre la reforma de la legislación concursal», *Estudios de Derecho Concursal* (Coords. PEINADO GRACIA/VALENZUELA GARACH), Madrid-Barcelona, 2006, pp. 463 a 486.
- ORDUÑA/PLAZA, «Comentario al artículo 77», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1407 a 1413.
 - o «Comentario al artículo 78», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1414 a 1423.
- ORTELLS RAMOS, *El embargo preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 1984.

- «Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (a propósito de la nueva Ley concursal)», *Las claves de la Ley Concursal*, QUINTANA CARLO, BONET NAVARRO y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 113 a 162.
- ORTIZ NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Publicaciones del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, 1979.
- PACCHI, S., «Gli effetti del fallimento per il fallito», *Manuale di Diritto Fallimentare* (coord. S. PACCHI), 2ª ed., Giuffrè editore, Milano, 2011, pp. 151 a 174.
- PACHECO GORDILLO, *Capacidad y legitimación. Estudio práctico y doctrinal*, Gráficas Fomento, Barcelona-Madrid, 1953.
- PAJARDI, *La sentenza di fallimento. Natura giuridica*, Giuffrè, Milano, 1961.
 - *Manuale di Diritto Fallimentare*, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1998.
- PAJARDI/PALUCHOWSKI, *Manuale di Diritto fallimentare*, 7ª ed., Giuffrè, 2008.
- PANTALEÓN, *La responsabilidad civil de los auditores. Extensión, límites y prescripción*, Civitas, Madrid, 1996.
- PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
 - «Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº 1, 2009, pp. 1 y ss. (versión digital).
 - «Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2010, pp. 69 a 108.
 - «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 19, 2010, pp. 45 a 86.

- PAU PEDRÓN, «Anotación de embargo sobre bien inmueble sujeto a prohibición de disponer. Comentario a la resolución de 23 de octubre de 1980», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, fascículo 3, pp. 844 y 845.
 - o *Las limitaciones patrimoniales del concursado*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- PEINADO GRACIA, «La protección de los acreedores en el concurso, ¿quién es el acreedor?», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá*, 2010, nº 3, pp. 73 a 103.
- PEITEADO MARISCAL, *La declaración de concurso*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- PELLEGRINO, *Lo stato di insolvenza*, Cedam, Padova, 1980.
- PERCEROU, *Des faillites et baqueroutes et des liquidations judiciaires*, tomo I, 2ª ed., Librairie Arthur Rosseau & Cie, Paris, 1935.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *La bonorum venditio. Estudio sobre el concurso de acreedores en Derecho Romano clásico*, Mira-UAM, Madrid, 2000.
- PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración del concurso. La vis atractiva concursal*, Reus, Madrid, 2007.
- PÉREZ GORDO, «Ideas y perspectivas para un nuevo Derecho concursal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, pp. 845 a 870.
- PESCATORE, *La funzione di garanzia dei patrimoni destinati*, Giuffrè, Milano, 2008.
- POLLAK, *System des Österreichischen Zivilprozessrechts mit Einschluss des Exekutionsrechtes*, 2ª ed., Manz, 1932.
- POLO DíEZ/BALLBÉ PRUNES, *La quiebra de "Barcelona Traction"*, Talleres Gráficos Mariano Galve, Barcelona, 1951.
- PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* (avec la collaboration de RIPERT), 11ª ed., tomo I, París, 1928, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k11599814/f9.image> (consultado, por última vez, el 27 de julio de 2020).

- PRADA GAYOSO, «La administración concursal», *Revista del Poder Judicial*, nº extra 18, 2004, pp. 57 a 121.
- PRAT Y RUBI, *Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra*, Bosch, 1995.
- PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, «Naturaleza jurídica del concurso y la quiebra», *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, tomo II, 1950, pp. 495 a 520.
 - o *Derecho Procesal Civil*, tomo II, Revista de Derecho Privado, 1964.
 - o *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2º ed., Aranzadi, Pamplona, 1985.
 - o *Derecho concursal. Procedimientos sucesorios. Jurisdicción voluntaria. Medidas cautelares*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1986.
- PROVINCIALI, *Manuale di Diritto Fallimentare*, tomo I, 3ª ed., Giuffrè, Milano, 1955.
 - o *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Cedam, Padova, 1977.
- PUGLIATTI, «L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti», *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e social della Reale Università di Messina*, I, 1927, pp. 165 y ss. (también en *Studi sulla rappresentanza*, ed. Giuffrè, Milán, 1965, pp. 3 a 33).
 - o *Teoria dei trasferimenti coattivi (introduzione)*, Casa tipografica Ettore Silva, Messina, 1931.
 - o «Vendita forzata e rappresentanza legale», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, I, pp. 294 a 299.
 - o «Ancora sulla rappresentanza nella vendita forzata», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1933, I, pp. 408 a 433.
 - o *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935.

- «Considerazioni sul potere di disposizione», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1940, I, pp. 518 a 541.
- «Trasferimenti coattivi», *Nuovo Digesto italiano*, 1940 (en *Scritti Giuridici*, tomo II, 1937-1947, Giuffrè, 2010, pp. 321 a 356).
- *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1943.
- PULGAR EZQUERRA, «Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA (Dirs.), Dilex, Madrid, 2003, pp. 435 a 485.
 - *El concurso de acreedores. La declaración*, La Ley, Madrid, 2009.
- QUIJANO GONZÁLEZ, «La junta de acreedores en la nueva legislación concursal», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 3, 2005, pp. 65 a 87.
 - «La responsabilidad de los administradores concursales», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 7, 2007, pp. 1 y ss. (versión digital).
 - «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 10, 2009, pp. 19 a 48.
 - «Coordinación de acciones societarias (social, individual y por deudas) y concursales de responsabilidad», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 22, 2015, pp. 1 y ss. (versión digital).
- RAMÍREZ, *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1959.
 - *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1959.
 - *La quiebra. Derecho concursal español*, tomo II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1998.
- RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1992.
 - *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1992.

- *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1997.
- RECALDE, «Comentario al art. 80 LC», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1441 a 1466.
- REDENTI, *Lezioni introduttive allo studio della procedura civile*, Bologna, 1929.
 - *Diritto Processuale Civile. Nozioni e regole generali*, tomo I, Giuffrè, 2ª ed., Milano, 1957.
 - *Derecho Procesal Civil. Nociones y reglas generales* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), tomo I, ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires, 1957.
- RENOARD, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, tomo I, 3ª ed., Librairie Guillaumin et Cie, Paris, 1857.
- RESCIGNO, voce «Legittimazione (Diritto sostanziale)», *Novissimo Digesto italiano*, t. IX, 1963, pp. 716 a 721.
 - *Manuale del diritto privato italiano*, 3ª ed. (reimpresión), Jovene editore, Napoli, 1977.
- REVILLA GONZÁLEZ, «Procesos incidentales concursales con tramitación específica y calificación del concurso», *Tratado de Derecho Mercantil* (dirs. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA), vol. VII, 2009, pp. 292 a 346.
- RIBELLES ARELLANO, «Comentario al artículo 51», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 282 a 287.
 - «Comentario al artículo 57», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 305 y 306.
 - «Comentario al artículo 155», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 718 a 721.
- RIFÁ SOLER, «Comentario al artículo 21», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 135 a 144.

- RIPERT/ROBLOT, *Traité de droit comercial*, tomo II, 17ª ed., LGDJ, Paris, 2004.
- RIPOLL OLAZÁBAL, «Comentario al artículo 72», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 386 a 390.
- RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I. Parte general*, vol. 3º (con LACRUZ/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO/DELGADO ECHEVERRÍA/RAMS ALBESA), Dykinson, Barcelona, 1984.
 - o «Teoría general del patrimonio», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo I, ed. Bosch, Consejo General del Notariado, Barcelona, 2005, pp. 45 a 138.
 - o «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», *Estudio de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO (coord.), vol. 2, La Ley, Madrid, 2006, pp. 601 a 640.
- RIVOLTA, *L'esercizio dell'impresa nel fallimento*, Giuffrè, Milano, 1969.
- ROBLES GARZÓN, *La quiebra de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1979.
- ROCA TRÍAS, «Comentario al art. 117 de la Compilación de Catalunya», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Dirs. ALBALADEJO/DÍEZ ALABART), tomo XXVIII, vol. 1º, Madrid, 1982 (versión digital vlex).
 - o «El concurso del deudor persona física», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 103, nº 4, 2004, pp. 1077 a 1098.
- ROCA SASTRE, «El patrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 15, 1926, pp. 171 a 187.
 - o *Derecho hipotecario*, tomo I, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1954.
 - o *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 6ª ed., 1968.
- ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1979.
- ROCCO, A., *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Fratelli Bocca, Torino, 1917.

- *Dell'uso e autorità delle leggi del Regno delle Due Sicile*, Tipografía del Guttemberg, Napoli, 1837, disponible en https://archive.org/details/bub_gb_3nYZv5ulreEC -consultado, por última vez, el 13 de abril de 2017-)
- *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Giuffrè, Milano, 1962.
- ROCCO, U., *Derecho Procesal Civil* (trad. TENA). *La legitimación para obrar* (trad. VASQUEZ DEL MERCADO), Porrúa, México, 1944.
- RODIÈRE, *Droit commercial*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1970.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «El otro presupuesto subjetivo del concurso: la pluralidad de acreedores», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 6, 2004, pp. 361-369.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, «Efectos de la declaración de concurso», *Derecho Mercantil* (coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), vol. II, parte VI, capítulo 85, 10ª ed., Barcelona, Ariel, 2005, pp. 808 a 834.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES/VIGUERA RUBIO, «Pluralidad de acreedores», *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN SÁNCHEZ y GARCÍA-CRUCES (dirs.), tomo II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 2279 a 2296.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Las prohibiciones de disponer voluntarias: estudio de sus efectos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 554, 1983, pp. 9 a 56.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, ed. Instituto tecnológico de Monterrey, Méjico, 1947.
- RODRÍGUEZ VICENTE, «Una quiebra bancaria en el Perú del siglo XVII», *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 26, 1956, pp. 707 a 740.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 151, 1979, pp. 37 a 100.
 - «Comentario al artículo 2», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 164 a 193.

- «Comentario al artículo 100», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, civitas, Madrid, 2004, pp. 1864 a 1899.
- «Comentario al artículo 133», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, civitas, Madrid, 2004, pp. 2212 a 2220.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO/TIRADO MARTÍ, «Comentario al artículo 21», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 469 a 496.
- ROMANO, «Poderes. Potestades», *Fragments de un diccionario jurídico* (trad. SENTÍS MELENDO/AYERRA REDÍN), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.
- ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. por ROMERA VERA), tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1955.
 - *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. por ROMERA VERA), tomo III, Ejea, Buenos Aires, 1955.
- ROSSI, G., *Il fallimento nel diritto americano*, Cedam, Padova, 1956.
- RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, ed. Nauta, Barcelona, 1969.
- RUIZ MONGE/Franco BETEGÓN, «La legitimación pasiva en la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal», *Diario La Ley*, nº 7466, pp. 4 a 6 (versión digital).
- QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 155», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1663 a 1702.
- SAGRERA TIZÓN, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1974.

- SALEILLES, *De la personnalité juridique*, ed. Rousseau, 2ª ed., 1922, disponible en http://droit.wester.ouisse.free.fr/pages/brocantes/saleilles_personnes/sal_pers_19_5.htm (consultado, por última vez, el 28 de julio de 2020).
- SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum communem inter illos causatam. Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum*, Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson, Lyon, 1665.
- SÁNCHEZ ARISTI, «Comentario al artículo 129», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1425 a 1437.
 - o «Comentario al artículo 145», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 1558 a 1567.
- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 23ª ed., McGrawHill, Madrid, 2000.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, *Acción subrogatoria y sustitución procesal (análisis y prospectivas)*, Marcial Pons, 2017.
- SÁNCHEZ PACHÓN, «Acciones de impugnación por fraude o invalidez de los actos del deudor: el artículo 71.6 de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 8, 2008, versión digital.
- SÁNCHEZ RUS/SÁNCHEZ RUS, «Comentario al artículo 23», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 504 a 511.
 - o «Comentario al artículo 24», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 512 a 548.
 - o «Comentario al artículo 56», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1036 a 1069.

- «Comentario al artículo 132», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2201 a 2211.
- SANCHO GARGALLO, *La retroacción de la quiebra*, Aranzadi, Navarra, 1997.
 - «Reintegración de la masa del concurso: aspectos procesales de la acción rescisoria concursal», *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 105, nº 2, 2006, pp. 321 a 342.
- SANJUÁN MUÑOZ, «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», *Estudios de derecho judicial*, nº 123, 2007, pp. 175 a 252.
 - «La disposición sobre bienes y derechos en el concurso de acreedores y la cancelación de cargas registrales», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 14, 2008-2, pp. 1 a 30 (versión digital).
- SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Cedam, Padova, 1964.
- SANTORO-PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, 3ª ed., Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1946.
- SATTA, *La rivendita forzata*, Giuffrè, Milano, 1933.
 - “L’execuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti”, *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, Cedam, 1950, pp. 1 a 16.
 - *Instituciones del Derecho de quiebra* (trad. FONTANARROSA), Buenos Aires, 1951.
 - *L’execuzione forzata*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1952.
 - *Istituzione di diritto fallimentare*, 5ª ed., soc. ed. del «Foro italiano», Roma, 1957.
 - *Manual de Derecho Procesal Civil* (trad. SENTÍS MELENDO/DE LA RÚA), tomo I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.
 - *Diritto Fallimentare*, 2ª ed., cedam, Padova, 1990.

- SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1953.
- SCACCIA, *Tractatus de commercio et cambio*, 4ª ed., Colonia, 1738, disponible en <https://play.google.com/books/reader?id=p7JFAAAAcAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA388> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017)
- SCAGLIONI, «Sentenza dichiarativa di fallimento e pignoramento nell'esecuzione individuale», *Diritto fallimentare*, II, 1942, pp. 101 y ss. .
- SCHMIDT, «Der konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners. Versucht einer konkursverwaltertheorie für heute und morgen», *KTS*, 1984, pp. 345 y ss.
- SCHMIDT/SCHULZ, «Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?», *ZIP*, 1982, pp. 1015 y ss. disponible en: <https://www.zip-online.de/heft-9-1982/zip-1982-1015-konkursfreies-vermoegen-insolventer-handelsgesellschaften/> (consultado, por última vez, el 1 de junio de 2020).
- SEGNI, «Osservazioni sul giudizio di verificaione dei crediti nel fallimento», *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, 1930, pp. 262 a 275.
- SEMIANI BIGNARDI, *Il curatore fallimentare pubblico ufficiale*, Cedam, Padova, 1965.
- SENÉS MOTILLA, «Las partes del proceso civil», *Cuadernos de Derecho Judicial* (Dir. Díez-PICAZO GIMÉNEZ), nº 1 (ejemplar dedicado a: Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de enjuiciamiento civil), 2000, pp. 13 a 50.
 - o «Comentario al artículo 183», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2725 a 2730.
 - o «Comentario al artículo 184», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2731 a 2750.

- «Comentario al artículo 193», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2806 a 2811.
- «Comentario al artículo 194», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo II, Civitas, Madrid, 2004, pp. 2812 a 2820.
- «La rescisión de los actos procesales del deudor», *La reintegración de la masa* (Dirs. BELTRÁN/SANJUÁN), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 111 a 127.
- «La limitación del derecho a la ejecución forzosa como efecto de la comunicación de negociaciones con acreedores», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 73 a 83.
- «Los aspectos procesales de la liquidación concursal», *La liquidación de la masa activa*, VI Congreso español de Derecho de la insolvencia “In memoriam Emilio Beltrán” (Dirs. ROJO/QUIJANO/CAMPUZANO), Aranzadi Thomson Reuters, 2014, pp. 309 a 344.
- «La pérdida del derecho a la ejecución separada de la garantía real tras la apertura de la fase de liquidación», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 42, 2017, pp. 1 a 15 (versión digital)
- SEQUEIRA MARTÍN, «La publicidad en el proceso concursal», *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 1219 a 1250.
- SERRA, «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 17, 2009-2, pp. 329 a 341.
- SERRA DOMÍNGUEZ, «El interventor judicial en la Ley de Suspensión de Pagos», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIII, Barcelona, 1967, pp. 501 a 508 (también publicado *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969, pp. 657 a 669).

- «Intervención de terceros en el proceso», *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1969, pp. 233 y ss.
- «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», *Estudios de Derecho Procesal*, ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 118 a 158 (publicado también en *Jurisdicción, acción y proceso*, ed. Atelier, 2008, pp. 181 a 229).
- «Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación», *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, 1987, pp. 289 a 314.
- SERRA DOMÍNGUEZ/RAMOS MÉNDEZ, *Las medidas cautelares*, Bosch, Barcelona, 1974.
- SERRA RODRÍGUEZ, «El ejercicio de la acción pauliana y las acciones rescisorias concursales. Comentario a la STS de 10 de octubre de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 20, 2008, pp. 395 a 412.
 - «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”», *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, nº 30, 2013, pp. 63 a 93.
- SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, Duncker & Humboldt, 1899.
 - *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrecht*, Nördlingen, 1888.
- SILVA SÁNCHEZ, «Orígenes y fundamentación de la relevancia jurídico-social del interés», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. XXI, 2003, pp. 467 a 502.
- SILVESTRI, *Le gestioni coattive*, Giuffrè, Milano, 1941.
- SILVETTI, «Comentario al artículo 72» (actualizado para la 2ª ed. por CORDÓN MORENO), *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 819 a 833.
- SOLCHAGA LOITEGUI, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Aranzadi, Navarra, 1986.
- SPIOTTA, *Il curatore fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2006.

- STANTON, «The United States Trustee System: a time for assessment», *Commercial Law Journal*, nº 90, 1985, pp. 90 a 94.
- STRACCHA, *Tractatus de Mercatura, seu mercatore*, Lugduni, 1558, Tertia Pars, disponible en: <https://play.google.com/books/reader?id=dk1mAAAAcAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=es&pg=GBS.PA292> (consultado, por última vez, el 12 de abril de 2017).
- TESCARO/ZACCARIA, «Commentario all'articolo 30», *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 187 a 188.
 - o «Commentario all'articolo 42», *Commentario breve alla Legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (dir.), 6ª ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 258 a 271.
- THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878.
 - o *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. al italiano de LEVI), 2ª ed., Cedam, Padova, 1951, pp. 317 a 333.
- TIRADO MARTÍ, «La sindicatura concursal», *La reforma de la legislación concursal: jornadas sobre la reforma de la legislación concursal* (Dir. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO), ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 151 a 224.
 - o «Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales», *Estudios de derecho judicial*, nº 59 (ejemplar dedicado a: La nueva ley concursal), 2004, pp. 109 a 146.
 - o «Comentario al artículo 37», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 741 a 754.
 - o «Comentario al artículo 76», *Comentario de la Ley Concursal*, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO y BELTRÁN SÁNCHEZ (dirs.), tomo I, Civitas, Madrid, 2004, pp. 1357 a 1406.
 - o *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

- «Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 3, 2009, pp. 1055 a 1108.
- «Interés del concurso», *Enciclopedia de Derecho Concursal* (Dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES), tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1875 a 1898.
- TOMÁS TOMÁS, «La discutida conformidad de la administración concursal para la interposición de recursos en procesos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 321/2012 de 28 de mayo (RJ 2012, 9316)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 30, pp. 375 a 393.
 - *La administración concursal. Claves para entender su actual régimen jurídico*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
 - «La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y su proyecto de reglamento», *Anales de Derecho*, vol. 33, nº 1, 2015, pp. 1 a 18.
 - «El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos en la Ley 25/2015, de 28 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2016, pp. 29 a 44.
 - «La administración concursal y la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa. Aspectos controvertidos en relación al artículo 151 de la Ley Concursal», *La administración concursal* (Dir. ROJO/GALLEGU/CAMPUZANO), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 543 a 561.
- TORRES DE CRUELLES, «Consideración procesal de los Síndicos de la quiebra», *Revista General de Derecho*, nº 162, 1958, pp. 280 a 287.
 - *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1957.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, 30ª ed., Cedam, Padova, 1989.

- TRUJILLO DÍEZ, «Comentario al art. 58 LC», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo II, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 624 a 644.
- UCEDA OJEDA, «Comentario al artículo 145», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 683 a 685.
 - o «Comentario al artículo 148», *Derecho Concursal Práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (dir.), Iurgium, Madrid, 2004, pp. 691 a 695.
- URÍA, *La Quiebra de «Barcelona Traction»*, ed. Artes Gráficas Quintilla y Cardona, Barcelona, 1953.
- VACAS MEDINA, «Consideraciones sobre el juicio universal de quiebra», *Revista de Derecho Procesal*, 1955, I, pp. 59 a 111.
 - o «La reforma del Derecho Concursal español», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 8 (ejemplar dedicado a: Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal), 1985, pp. 47 a 88.
- VALPUESTA GASTAMINZA, «Comentario al artículo 26», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 371 a 378.
 - o «Comentario al artículo 36», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 463 a 476.
 - o «Comentario al artículo 48», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 549 a 572.
 - o «Comentario al artículo 62», *Comentarios a la Ley Concursal*, CORDÓN MORENO (dir.), tomo I, 2ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 705 a 716.
- VARA DE PAZ, «Comentario al artículo 137», *Comentarios a la Legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU (dirs.), tomo II, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 1262 a 1265.

- VASELLI, *I debiti della massa nel processo di fallimento*, Cedam, Padova, 1951.
- VÁZQUEZ ALBERT, «El concurso de las personas jurídicas: la responsabilidad de los administradores sociales», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 2004, pp. 1055 a 1075.
- VÁZQUEZ CUETO, «La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, 2005, pp. 2359 a 2388.
- VÁZQUEZ GARCÍA, «La legitimación de la sindicatura del concurso para el ejercicio de la acción “pauliana” o de rescisión por fraude de acreedores. Comentario a la STS (Sala Primera) 245/2013, de 18 de abril de 2013 (Rec. 1878/2009)», *Diario La Ley*, nº 8160, 2014, pp. 1 a 10.
- VÁZQUEZ SOTELO, «El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)», *Actualidad Civil*, nº 16, pp. 1 y ss. (versión digital).
- VEGAS TORRES, «El concurso como proceso jurisdiccional: estructura del concurso», *Las claves de la Ley Concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005, pp. 83 a 111.
- VEIGA COPO, *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Civitas-Thomson Reuters, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2012.
- VELA TORRES, «La pluralidad de acreedores como requisito del concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 11, 2007-2, pp. 221 a 228.
- VICENT CHULIÁ, «El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma», *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 2, 1979, pp. 171 a 226.
 - o *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, vol. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991.
 - o «La responsabilidad de los administradores en el concurso», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 4, 2006, pp. 15 a 64.
- VICENTE Y CARAVANTES, *Código de Comercio extractado*, 4ª ed., Imprenta de D. S. Omaña, Madrid, 1850.

- VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milano, 1979.
- VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación y acciones de reintegración», *Cuadernos de Derecho judicial (ejemplar dedicado a la nueva Ley Concursal)*; Dir. GARNICA MARTÍN, nº 18, 2003, pp. 355 a 398.
- VILLAVICENCIO ARÉVALO, «La facultad de disposición», *Anuario de Derecho Civil*, nº 4, 1950, pp. 1025 a 1056.
- VITALE, *La dichiarazione del fallimento*, ed. Giuffrè, Milano, 1967.
- VÖLDERNDORFF, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich*, 2ª ed., Erlangen, 1884, vol. I, disponible en <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22215701%22> (consultado, por última vez, el 30 de abril de 2020).
- VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig, 1910.
 - o *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán* (trad. RAVÁ), vol. III, ed. Depalma, Buenos Aires, 1948.
 - o *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán* (trad. RAVÁ), vol. II, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WIELEBINSKI y RUKAVINA, «An overview of the Bankruptcy Code and the Bankruptcy Practice in the United States», *World Insolvency Systems: a comparative study*, Fonseca Lobo (editor), Thomson Reuters, Canada, 2009, pp. 693 a 800.
- WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Stuttgart, 1879, disponible en <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22243109%22> (consultado, por última vez, el 28 de julio de 2020).
- YANES YANES, «La administración concursal», *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003* (Dir. GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Dilex, Madrid, 2003, pp. 173 a 233.

- ZAMBRANA MORAL, *Historia legislativa y doctrinal de la cessio bonorum y de la cesión de bienes*, tesis doctoral, Universidad de Málaga, 1999, disponible en <http://www.biblioteca.uma.es/bbl/doc/tesisuma/16276115.pdf> (consultada, por última vez, el 22 de junio 2020).
 - o «Algunas soluciones para la insolvencia del deudor en el Derecho medieval francés», *Anuario de Estudios Medievales*, nº 29, 1999, pp. 1185 a 1200.
 - o *Iniciación Histórica al Derecho Concursal. Planteamientos institucionales*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, 2001.
- ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile* (actualizada por VOCINO), vol. III, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1964.
- ZAPPAROLI, *Introduzione ad uno studio sul “contradittore fallimentare”*, Giuffrè, Milano, 1962.
- ZOPPINI, «Autonomía e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», *Rivista di Diritto civile*, julio-agosto, 2002, pp. 545 a 576.
- ZURIÑA CARIÑANA, «Comentario al artículo 43», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 375 a 381.
 - o «Comentario al artículo 44», *Comentarios a la Ley Concursal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), tomo I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 381 a 392.
- ZURUTUZA ARIGITA, *La rehabilitación de los contratos en el concurso*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.